

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**DA IMPUTAÇÃO, À SOCIEDADE-MÃE, DA CONDUTA  
ILÍCITA DA SUBSIDIÁRIA NO ÂMBITO DO DIREITO DA  
CONCORRÊNCIA**

CONSIDERAÇÕES À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E À LUZ  
DA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

**MARGARIDA CALDEIRA**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES

**DISSERTAÇÃO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**

**2018**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**DA IMPUTAÇÃO, À SOCIEDADE-MÃE, DA CONDUTA ILÍCITA DA SUBSIDIÁRIA  
NO ÂMBITO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

CONSIDERAÇÕES À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

**MARGARIDA CALDEIRA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa no âmbito do Mestrado em  
Direito e sob a orientação do Professor Doutor Paulo  
de Sousa Mendes, como requisito parcial à obtenção  
do grau de mestre em Direito na área das Ciências  
Jurídico-Criminais.

**MESTRADO EM DIREITO**  
**CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**

**2018**

*Por opção da autora, a presente dissertação encontra-se redigida segundo a norma anterior ao último acordo ortográfico.*

**Resumo:**

O conceito de empresa – que, neste contexto, designa uma unidade económica – tal como construído e progressivamente densificado, essencialmente, pelo direito da concorrência da União Europeia, encontra na presunção de influência decisiva um sustentáculo que serve de base à atribuição, à sociedade-mãe, de responsabilidade dita pessoal por práticas restritivas da concorrência levadas a cabo pela sociedade-filha, ainda que aquela nestas não tenha participado ou delas não tenha qualquer conhecimento. A responsabilização da sociedade-mãe nestes termos, tem por base um mero exercício de constatação factual da detenção por parte desta última de participações sociais no capital da sociedade-filha, levando assim a que a coima a aplicar seja determinada com base no volume de negócios de ambas e não apenas no volume de negócios da subsidiária. Tal exercício de constatação admite, *de per si*, uma automática inversão do ónus da prova, o qual passa a impender sobre a sociedade-mãe, que assume a difícil incumbência de provar um facto negativo, que é o do não exercício de influência decisiva sobre a sua subsidiária. A presunção de influência decisiva rege na prática decisória, não só da Comissão Europeia como do Tribunal de Justiça da União Europeia, de forma inabalável, imune a todas as tentativas de afastamento da sua aplicação da autoria das sociedades-mãe e, bem assim, das suas subsidiárias, visadas nos processos sancionatórios, conclusão que resulta, à saciedade, da análise da jurisprudência da União Europeia. Nos moldes em que tem vindo a ser invocada, tal presunção levanta, em procedimentos de natureza *quasi-criminal* que, na sua grande maioria, culminam na aplicação de severíssimas sanções pecuniárias, a questão fundamental da sua compatibilização com os princípios constitucionais do processo penal – que consideramos aplicáveis ao nosso caso com suporte, por exemplo, em alguma jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – mormente, com o basilar princípio da presunção de inocência, o qual é, sem dúvida, posto em causa quando se constata que, na prática, aquela presunção é inilidível.

**Abstract:**

*The enterprise concept – which, in this context, refers to an economic unit concept – as construed and progressively developed, essentially by European Union competition law, relies on the presumption of decisive influence as a basis for the attribution to the parent company of personal liability for antitrust law violations perpetrated by their subsidiaries, even when the parent company has not participated or had any knowledge of said violations. The liability of the parent company is, therefore, based on a mere factual finding exercise, rectius, the acknowledgement that the parent company holds shares in the capital of its subsidiary, thereby allowing the applicable fine to be determined based on the turnover of both companies and not just on the subsidiary's turnover. Such a factual finding exercise allows for an automatic reversal of the burden of proof, which is, consequently, borne by the parent company, who has the difficult task of providing proof of a negative fact, namely, that it does not exercise any decisive influence over its subsidiary. The decisive influence presumption governs not only the decision-making practice in the European Commission but also in the Court of Justice of the European Union, apparently immune to all attempts made by the parent companies and their subsidiaries to avoid its application – conclusion that can be drawn from the analysis of the European Union case-law. In the manner in which it has been invoked, such a presumption raises the fundamental question of its compatibility with the constitutional principles of criminal procedure – which we consider applicable in light of the European Court of Human Rights case-law, for example – in quasi-criminal proceedings – most of which culminate in the application of very severe pecuniary sanctions – and, especially, with the basic principle of the presumption of innocence, which is undoubtedly called into question when it is established that the presumption is not, in fact, rebuttable.*

**Palavras-chave:**

Direito da Concorrência; Conceito de Unidade Económica; Práticas Restritivas da Concorrência; Ilícitos de mera ordenação social; Responsabilidade da Sociedade-Mãe; Presunção de Influência Decisiva; Presunção de Inocência; *Compliance*.

**Keywords:**

*Competition Law; Economic Unit Concept; Antitrust Law; Administrative Offenses; Liability of the Parent Company; Decisive Influence Presumption; Presumption of Innocence; Compliance.*

## Siglas e abreviaturas

<b>A., AA.</b>	Autor, Autores
<b>AdC ou Autoridade</b>	Autoridade da Concorrência
<b>art., arts.</b>	artigo, artigos
<b>CEDH</b>	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
<b>cf.</b>	confira, confronto
<b>Comissão</b>	Comissão Europeia
<b>Coord.</b>	Coordenação (de), Coordenado (por)
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CRP, Constituição</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>et al.</b>	<i>et alii</i> (e outros)
<b>Lei da Concorrência</b>	Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio
<b>n.º, n.ºs</b>	número, números
<b>op. cit.</b>	obra citada
<b>p., pp.</b>	página, páginas
<b>parág.</b>	Parágrafo
<b>Regulamento</b>	Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002
<b>RGCO</b>	Regime Geral das Contra-ordenações

<b>s., ss.</b>	seguinte, seguintes
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
<b>TFUE</b>	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justiça da União Europeia
<b>TUE</b>	Tratado da União Europeia
<b>v. g.</b>	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)
<b>vol.</b>	volume



## Índice

<b>Introdução</b>	<b>10</b>
<b>I. Direito da Concorrência</b>	<b>13</b>
1. <i>Práticas Restritivas da Concorrência</i>	<i>13</i>
2. <i>Conceito de Unidade Económica</i>	<i>18</i>
<b>II. Dos ilícitos de mera ordenação social</b>	<b>36</b>
<b>III. Breve análise da prática decisória</b>	<b>52</b>
1. <i>Decisões da União Europeia</i>	<i>52</i>
2. <i>Decisões nacionais</i>	<i>82</i>
<b>IV. A presunção de influência decisiva à luz do princípio da presunção de inocência</b>	<b>91</b>
<b>V. Proposta alternativa de resolução do problema</b>	<b>106</b>
1. <i>Em geral</i>	<i>106</i>
2. <i>Em especial</i>	<i>116</i>
<b>Conclusão</b>	<b>120</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>124</b>
<b>Jurisprudência</b>	<b>134</b>

## Introdução

O conceito de empresa – que, neste contexto, designa uma unidade económica – tal como construído e progressivamente densificado, essencialmente, pelo direito da concorrência da União Europeia, tem servido de base para a atribuição, à sociedade-mãe, de responsabilidade – que se diz – pessoal por práticas restritivas da concorrência perpetradas pela sociedade-filha, ainda que aquela nestas não tenha participado ou delas não tenham sequer conhecimento.

Para efeitos de determinação da unidade económica no caso concreto, tem a Comissão Europeia (doravante, “Comissão”) vindo a ser auxiliada pela presunção de influência decisiva (*decisive influence*), nos termos da qual, nos casos em que a sociedade-mãe detém a totalidade – ou a quase totalidade – do capital social da sociedade-filha, se conclui que aquela podia exercer e, consequentemente, se presume que exercia efectivamente sobre esta, à data da prática dos factos que consubstanciam uma restrição da livre concorrência, uma influência decisiva, deste modo justificando a atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe mesmo nos casos em que esta não participou, a qualquer título, nas condutas que, alegadamente, se assumem como restritivas da concorrência.

Deste modo, a coima a aplicar pela Comissão determinar-se-á com base no volume de negócios de ambas, *rectius*, no volume de negócios da empresa na acepção do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE” ou “Tratado”), e não apenas com base no volume de negócios da sociedade-filha.

Muito embora a Comissão justifique o recurso à presunção com base numa ideia de máxima *deterrence* – dissuasão – que só seria verdadeiramente almejável com a aplicação de uma coima daquele modo determinada, a natureza *quasi-criminal* dos procedimentos instaurados por práticas restritivas da concorrência e, inclusive, dos processos que, nesse âmbito, correm termos no Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”), levanta, inevitavelmente, a questão de saber se tal presunção é ou

não compatível com os princípios constitucionais que regem o processo penal, mormente, com o princípio da presunção de inocência.

É esta a questão, no essencial, que pretendemos, com a presente exposição, responder: a questão de saber se a presunção de influência decisiva é ou não compatível com o princípio da presunção de inocência.

Deste modo, num primeiro capítulo e sob a égide do direito da concorrência, *lato sensu*, começaremos por dar uma breve nota das práticas consideradas restritivas da concorrência, pelo Direito da União Europeia, por um lado, e pela Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, que aprova o regime jurídico da concorrência (doravante, “Lei da Concorrência”), por outro.

Ainda no mesmo capítulo, numa subdivisão, analisaremos o conceito de unidade económica, que, de certo modo, está na base da atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe por práticas restritivas da concorrência da autoria da sociedade-filha.

Num segundo capítulo, teceremos algumas considerações a propósito, não só da evolução histórica do direito contra-ordenacional, mas, principalmente, da eventual proximidade entre tal direito – em especial, na sua vertente adjectiva – e o direito processual penal, na tentativa de aferir da aplicabilidade de determinados princípios caracterizadores deste último àqueloutro.

De seguida, debruçar-nos-emos sobre a prática decisória da União Europeia, onde o problema da admissibilidade da presunção de influência decisiva se tem vindo a colocar e onde, a par, se colocam também outras questões conexas com aquela presunção. No mesmo capítulo, teceremos breves considerações acerca da recepção de tal presunção na prática decisória nacional.

Num subsequente capítulo, ocupar-nos-emos em exclusivo da presunção de influência decisiva à luz da jurisprudência da União Europeia que analisámos no capítulo anterior e, bem assim, da eventual colisão da mesma com o princípio da presunção de inocência.

Por último, sem prejuízo da posição que vamos adoptando ao longo da nossa exposição, dedicaremos um capítulo autónomo ao que consideramos ser uma proposta de resolução alternativa aos problemas que a aplicação da presunção levanta. Em especial, dedicaremos alguma atenção ao advento dos mecanismos de *compliance* e à sua potencial relevância neste âmbito.

## **I. Direito da Concorrência**

### **1. Práticas Restritivas da Concorrência**

A tipificação, a nível contra-ordenacional, das práticas restritivas da concorrência tem – é bom de ver – origem em valores protegidos constitucionalmente e considerados prioritários no seio de um Estado de Direito Democrático, como são, por um lado, a “[s]ubordinação do poder económico ao poder político democrática” [artigo 80.º, alínea a) da Constituição da República Portuguesa (doravante, “CRP”)], princípio que surge com o fito de impedir que o poder económico se desenvolva de tal forma que se sobreponha, sem freio, aos restantes poderes, numa desvirtualização dos valores que caracterizam a sociedade contemporânea, e, por outro lado, “[a]ssegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral” (artigo 81.º, alínea f) da CRP), incumbência prioritária que foi atribuída à Autoridade da Concorrência.

Ora, nos termos e para os efeitos da Lei da Concorrência, são práticas restritivas da concorrência “os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associação de empresas, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: a) fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações complementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos

*comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos”* (cf. artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência)<sup>1</sup>.

São ainda considerados restritivos da concorrência o abuso de posição dominante (cf. artigo 11.º da Lei da Concorrência) e o abuso de dependência económica (cf. artigo 12.º do mesmo diploma), os quais comungam no facto de consubstanciarem práticas unilaterais de uma determinada empresa que, de modo abusivo, faz uso da sua posição no mercado para nele adoptar práticas que prejudicam a concorrência, criando-se, deste modo e do outro lado, uma situação de dependência geral ou especial, respectivamente<sup>2</sup>.

Os normativos *supra* referidos decorrem do que já vinha previsto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, os quais também proíbem, *lato sensu*, todos os actos de – ou entre – empresas que, potencialmente, sejam susceptíveis de afectar o comércio “(...) e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (...)”, um mercado que se pretende livre no acesso e igual nas oportunidades.

Em qualquer caso, trata-se de formas ilícitas de comportamento das empresas em determinado mercado relevante<sup>3</sup>, as quais resultam – ou são susceptíveis de resultar – em restrições concorrenciais, em violação dos princípios da economia de mercado e da livre concorrência.

No que diz respeito aos acordos entre empresas, é de notar que a jurisprudência tem vindo a adoptar uma concepção lata do conceito, sendo que “*para que haja acordo, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, basta que as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada (...). Nestas condições, não é pertinente analisar, contrariamente ao que*

---

<sup>1</sup> Estes comportamentos encontram-se, contudo, justificados verificados que se encontrem os requisitos previstos no artigo 10.º da Lei da Concorrência.

<sup>2</sup> Para uma perspectiva comparativa entre o regime anterior da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho e o regime actualmente em vigor, vide, SILVA, Miguel Moura e – “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 – novos desenvolvimentos”, *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2014, 137, pp. 15 e ss.

<sup>3</sup> Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

*defende a recorrente, se as empresas em causa se consideraram obrigadas — jurídica, factual ou moralmente — a adoptar o comportamento acordado”<sup>4/5</sup>.*

Por seu turno, a prática concertada “[p]ela sua própria natureza, (...) não reúne assim todos os elementos de um acordo, podendo todavia resultar, nomeadamente, de uma coordenação que se manifesta pelo comportamento dos participantes. Embora um paralelismo de comportamento não possa, por si só, identificar uma prática concertada, é contudo susceptível de constituir um indício sério da mesma, quando alcança condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado, tendo em consideração a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas e o volume do referido mercado. Tal é nomeadamente o caso quando o comportamento paralelo é susceptível de permitir aos interessados a procura de um equilíbrio dos preços a um nível diferente daquele que teria resultado da concorrência, e ainda a cristalização de situações adquiridas em detrimento da efectiva liberdade de circulação dos produtos no mercado comum e da livre escolha pelos consumidores dos seus fornecedores”<sup>6/7</sup>.

---

<sup>4</sup> V.g., Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 14 de Maio de 1998, Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH contra Comissão das Comunidades Europeias, T-347/94, ECLI:EU:T:1998:101, n.º 65.

<sup>5</sup> E ainda, Decisão da Autoridade da Concorrência, PRC/2014/5, de 4 de Maio de 2017, em que eram visadas a EDP – Energias de Portugal, S.A., a EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A., a Sonae Investimentos, SGPS, S.A., a Sonae MC – Modelo Continente SGPS, S.A. e a Modelo Continente Hipermercados, S.A. e onde se pode ler, no n.ºs 500 a 502, que “[u]m acordo entre empresas, para efeitos do Direito da Concorrência nacional e da União, verifica-se logo que as participantes atinjam um consenso que limite, ou seja susceptível de limitar, a sua liberdade na determinação das respetivas estratégias comerciais, implicando a definição de um «plano de acção» comum entre as diversas empresas participantes, de que decorra um feixe de obrigações, garantias e expectativas de comportamento futuro. Como conclui o Tribunal de Comércio de Lisboa: «Um acordo relevante para efeitos da lei da concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico». A qualificação e a forma que as participantes atribuam ao acordo é irrelevante, incluindo os designados «acordos de cavalheiros» (gentlemen’s agreements), não sendo necessário um contrato formal, escrito, juridicamente válido e vinculativo, nem sendo relevante que o acordo escrito esteja de facto assinado”.

<sup>6</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, Imperial Chemical Industries Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias, C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70, n.ºs 64 a 67.

As decisões de associação de empresas – onde também se incluem as ordens profissionais<sup>8</sup> – e os seus cargos directivos também se encontram sujeitos às regras de concorrência e relevam para este efeito quando as mesmas têm *“por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”*<sup>9/10</sup>.

Merece ainda breve nota neste contexto o carácter *“sensível”* da restrição da concorrência, o qual, segundo a Autoridade da Concorrência<sup>11</sup>, *“(…) deve ser avaliado casuisticamente, atendendo, de entre outros, à natureza do acordo, prática ou decisão em causa, e dos produtos abrangidos, não requerendo, necessariamente, o cálculo das quotas de mercado das empresas envolvidas”*, ou seja, pela negativa, todos os factos que tenham apenas um efeito negligenciável na concorrência<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Vide, também, Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 8 de Julho de 1999, Comissão das Comunidades Europeias contra Anic Partecipazioni SpA, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, n.º 115, onde se pode ler o seguinte: *“(…) cabe recordar que a noção de prática concertada, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, se refere a uma forma de coordenação entre empresas que, sem ter sido levada até ao ponto da realização de um acordo propriamente dito, substitui cientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas (…)”*.

<sup>8</sup> V.g., Decisão da Autoridade da Concorrência, PRC 2009/03, de 7 de Maio de 2010, na qual era visada a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.

<sup>9</sup> Isto significa que tanto se pode atender ao objecto da decisão, como aos seus efeitos, bastando, para aferir da proibição da decisão em causa, que a mesma tenha por objecto impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência, independentemente de vir, ou não, a produzir qualquer efeito. Tal também se aplica aos casos em que a decisão não tem por objecto a restrição da concorrência, mas, na prática, produz esse efeito.

<sup>10</sup> Para mais esclarecimentos e a título meramente exemplificativo, veja-se o conhecido caso da Associação Portuguesa de Escolas de Condução (APEC), condenada pela Autoridade da Concorrência ao pagamento de uma coima *“(…) pela adopção de uma decisão de associação de empresas com o objecto de impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no mercado de prestação de serviços de ensino de condução de veículos, na área da Grande Lisboa e de Setúbal, ao fixar preços mínimos para a obtenção da carta de condução. (…)* Ao presidente da Associação foi igualmente imputada a autoria de um ilícito contraordenacional, por ter conhecimento da prática e não ter adoptado qualquer diligências que impedisse a infracção ou a sua execução (…)” (cf. Decisão da Autoridade da Concorrência, PRC/2016/8, de 28 de Setembro de 2017).

<sup>11</sup> V.g., n.os 109 e 110 da Decisão da Autoridade da Concorrência, PRC 2007/04, de 2 de Dezembro de 2010, em que era visado o SNATTI – Sindicato Nacional de Actividade Turística, Tradutores e Intérpretes.

<sup>12</sup> Para mais desenvolvimentos, vide, Projecto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1,



Para o que ora releva, concluímos então que, para efeitos de preenchimento do tipo objectivo das práticas restritivas da concorrência, devem verificar-se, cumulativamente, os seguintes elementos: (i) existência de um acordo de vontades, de uma prática concertada ou de uma decisão de associação de empresas, (ii) entre ou de pessoas jurídicas que se qualificam como empresa para efeitos do direito da concorrência, (iii) que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, (iv) de forma sensível, (v) no todo ou em parte do mercado nacional. É, no fundo, a estes comportamentos que nos vamos referir doravante.

Avançamos desde já que, tal qual consagrada, a proibição das práticas restritivas da concorrência parece impender sobre concretas pessoas colectivas ou singulares, dotadas de personalidade jurídica autónoma, e não ao que denominaríamos grupos de pessoas colectivas ou singulares.

Em bom rigor, a experiência prática diz-nos que aquelas condutas proibidas pelo direito da concorrência, quando dependam de um conluio mais ou menos intenso entre sujeitos distintos, se revelam entre verdadeiros sujeitos dotados de autonomia formal e material, não entre empresas na acepção do direito da concorrência. No máximo, podemos encontrar situações em que, naquele conluio, podemos identificar várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo, mas enquanto sujeitos autónomos que, de forma autónoma, participam na prática.

Ora, queremos com isto dizer que, muito embora a norma de proibição se refira às empresas – expressão que, como veremos mais adiante, assume um significado *sui generis* no direito da concorrência – facto é que a mesma se encontra construída de tal modo que, na sua expressão prática, quer significar coisa diferente, *rectius*, o sujeito destinatário de tal norma é um sujeito diferente. Mas regressaremos a este tema mais à frente.

---

do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis) (2014/C 291/01).

## 2. Conceito de Unidade Económica

Dos elementos objectivos identificados nas normas *supra* referidas, interessa-nos, sobretudo, a densificação do conceito de empresa, porquanto a intervenção de uma determinada empresa, na acepção do artigo 101.º do Tratado, é – aparentemente – necessária à qualificação de uma determinada prática como restritiva da concorrência e, conseqüentemente, é elemento essencial da punição, uma vez que é a empresa que surge, neste âmbito, na qualidade de agente do facto ilícito.

Muito embora o conceito não se encontre definido no TFUE, o mesmo já foi, por diversas vezes, concretizado pela jurisprudência da União Europeia, porquanto desempenha um papel absolutamente fulcral na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado.

Assim, genericamente, poder-se-á dizer que o conceito de empresa “*engloba qualquer entidade envolvida numa actividade económica, independentemente do seu estatuto legal e da forma como é financiada*”<sup>13/14/15</sup>.

Deste modo definido, o conceito de empresa abarca uma realidade bastante mais lata que, por exemplo, aquela que cabe no conceito de sociedade comercial, uma vez que não depende da forma legal que determinada entidade assume, referindo-se, de uma

---

<sup>13</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “*encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed*”.

<sup>14</sup> Vide, Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 23 de Abril de 1991, Klaus Höfner and Fritz Elser contra Macrotron GmbH, Processo C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, n.º 21.

<sup>15</sup> Neste sentido, cf. WHISH, Richard & BAILEY, David – *Competition Law*, 7ª Edição, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 84 e ss; TOWNLEY, Christopher – “The Concept of an ‘Undertaking’: The Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries”, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Março 2009, pp. 3 e ss.; THOMAS, Stefan – “Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 16 a 18.

forma geral, a toda e qualquer entidade que desenvolva ou, tão-somente, participe numa actividade económica<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Como refere MIGUEL SOUSA FERRO, “[o] Direito Europeu e nacional da Concorrência é dirigido a «empresas», não no sentido usual do termo, mas numa abordagem funcional. Os conceitos de «empresa» e de «actividade económica» encontram-se, no ordenamento interno, nos Art.ºs 2.º e 1.º(1) da Lei da Concorrência, que acolheram as clarificações da jurisprudência comunitária, das quais destacamos:

a) Empresa: «a noção de empresa abrange toda a entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do estatuto jurídico desta entidade e do seu modo de financiamento»;

i. Não é necessário que a entidade tenha fins lucrativos, desde que a actividade prosseguida tenha natureza económica;

ii. Podem ser empresas: pessoas singulares (mas não enquanto assalariados ou consumidores finais), cooperativas, autoridades públicas, clubes de futebol, profissionais liberais (assim como as Ordens Profissionais e as federações desportivas podem ser associações de empresas), etc.

b) Actividade económica: «constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado»;

c) Actividades não económicas: «uma actividade que, pela sua própria natureza, pelas regras a que está sujeita e pelo seu objecto, é estranha à esfera das trocas económicas (...) ou está associada ao exercício de prerrogativas de poder público (...) escapa à aplicação das regras de concorrência do Tratado»;

Não são actividades económicas: segurança social baseada em solidariedade, sem lógica comercial; serviços de controlo aéreo; vigilância antipoluição por serviços públicos portuários; etc.

A mesma entidade pode ser «empresa» numas actividades e não noutras: «as diferentes actividades de uma entidade devem ser analisadas individualmente e não se pode deduzir da equiparação de algumas delas a prerrogativas de poder público que as outras actividades não possam ter carácter económico. (...) por conseguinte, há que determinar, relativamente a cada uma das actividades da [entidade] postas em causa (...), por um lado, se são dissociáveis das suas actividades de missão pública e, por outro, se constituem actividades económicas...».

e) Unidade económica: «o conceito de empresa, inserido nesse contexto, deve ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou colectivas. (...) [O] comportamento de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe, designadamente quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa filial não determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicar no essencial as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe (...), atendendo em particular aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas”.

O conceito de empresa como unidade económica tem consequências práticas fundamentais, entre as quais destacamos:

(i) Acordos entre empresas do mesmo grupo (unidade económica) não são abrangidos pelo Art.º 101.º TFUE / Art.º 4.º LC;

(ii) A imputação subjectiva da infracção é feita à unidade económica, não à pessoa jurídica na origem da conduta. Assim, uma empresa-mãe (nacional ou estrangeira) pode ser responsabilizada e sancionada por infracções cometidas por uma sua subsidiária” (in “Práticas

Assim, a densificação do conceito de empresa apenas se pode lograr por referência ao conceito de actividade económica, o qual também tem vindo a ser trabalhado pela jurisprudência, que a define como qualquer actividade que “*consiste na oferta de bens ou serviços num determinado mercado*”<sup>17</sup>. Acresce ainda que, ao contrário daquilo que se poderia pensar, o escopo lucrativo não é elemento do conceito de actividade económica, podendo, para efeitos de práticas restritivas da concorrência, a actividade desenvolvida pela entidade não consubstanciar uma actividade lucrativa, porquanto, no entender da jurisprudência, a falta de um intuito lucrativo não implica, *de per si*, a conclusão de que a actividade não é uma actividade económica<sup>18</sup>.

Por outro lado, os conceitos que ora se analisam, não dizem apenas respeito ao sector privado da economia, mas também ao sector público, *i.e.*, nada impede que uma pessoa colectiva de direito público possa vir a ser considerada uma empresa para os efeitos dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, uma vez que o factor preponderante é o exercício de uma determinada actividade económica<sup>19/20</sup>.

A delimitar negativamente o âmbito de aplicação do artigo 101.º do Tratado, surge a teoria da unidade económica<sup>21</sup>, nos termos da qual o referido normativo não se aplica aos acordos celebrados entre entidades que formem uma unidade económica, ou seja,

---

Restritivas da Concorrência: Súmula Orientada para a Prática Judicial”, *Curso de Formação para Juizes Nacionais em Direito da Concorrência*, Coord. de Teresa Moreira e Miguel Sousa Ferro, 2010, pp. 11-13, disponível em <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/E-book.pdf>.

<sup>17</sup> Por exemplo, o n.º 40 do Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 19 de Dezembro de 2012, *Mitteldeutsche Flughafen e Flughafen Leipzig-Halle contra Comissão*, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821.

<sup>18</sup> V.g., Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção) de 26 de Janeiro de 2005, *Laurent Piau contra Comissão*, T-193/02.

<sup>19</sup> Cf., MONIZ, Carlos Botelho, *et al.* – *Lei da Concorrência Anotada*, Colecção: MLGTS, Lisboa: Almedina, 2016, pp. 31 e ss.

<sup>20</sup> V.g., Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 23 de Abril de 1991, *Klaus Höfner and Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161; Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, *Giorgio Domingo Banchero*, C-387/93, ECLI:EU:C:1995:439; Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 29 de Março de 2001, *República Portuguesa contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-163/99, ECLI:EU:C:2001:189.

<sup>21</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide*, ODUDU, Okeoghene e BAILEY, David – “The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law”, *Common Market Law Review*, 2014, N.º 51, pp. 1725 e ss.

que mantenham entre si uma organização unitária, composta por vínculos económicos, organizacionais e jurídicos<sup>22/23</sup>.

Tal significa, por um lado, que não se subsumem aos normativos em causa os acordos celebrados entre sociedade-mãe e sociedade-filha, porquanto as mesmas, por aquelas razões, não concorrem entre si.

No reverso da medalha, significa que se admite a atribuição de responsabilidade pessoal solidária à sociedade-mãe por práticas restritivas da concorrência perpetradas pela sociedade-filha, uma vez que, segundo este entendimento e nos casos em que a sociedade-mãe detenha a (quase-)totalidade do capital social da sociedade-filha, ambas formam, para efeitos do direito da concorrência, uma única unidade económica e, portanto, consideram-se uma só empresa, uma vez que, teoricamente, a sociedade-filha não goza de verdadeira autonomia na determinação da sua conduta no mercado e, consequentemente, se limita a cumprir as instruções emanadas pela sociedade-mãe, que a controla<sup>24/25/26</sup>.

---

<sup>22</sup> Cf., LANG, John Temple – “How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved?”, *Fordham International Law Journal*, 2014, Vol. 37, p. 1493.

<sup>23</sup> Expressão ampla no seu âmbito, vaga nos seus termos e que se encontra, amiúde, plasmada em vários arestos do TFUE sem que, contudo, se consiga desvendar, na prática, em que se consubstanciam tais vínculos económicos, organizacionais e jurídicos. No mesmo sentido, *vide*, MICKONYTÉ, Aisté – “Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law”, *LSEU*, 2012, Vol. 1, p. 36.

<sup>24</sup> V.g., Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 24 de Outubro de 1996, Viho Europe BV contra Comissão das Comunidades Europeias, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405 e Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Novembro de 2000, Metsä-Serla Oyj contra Comissão das Comunidades Europeias, C-294/98 P, onde se pode ler que: “*O comportamento anticoncorrencial de uma empresa pode ser imputado a outra empresa quando aquela não determinou de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica no essencial as instruções que lhe foram dadas por esta última, em particular, tendo em conta os laços económicos e jurídicos que as unem*”. Desta conclusão poderia depreender-se que, para que se pudesse lograr, na prática, aquela imputação, seria necessário demonstrar que, por aplicar as instruções que emanam da sociedade-mãe, a subsidiária não determina a sua conduta de forma autónoma no mercado, mas, como veremos, não é assim que as coisas se passam.

<sup>25</sup> *Vide*, posição assumida em MICKONYTÉ, Aisté – “Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law” (...), *op. cit.*, p. 33, onde o A. conclui que a possibilidade de responsabilizar a sociedade-mãe tem três vértices, a saber: a presunção de influência decisiva nos casos de domínio total; o conceito de unidade económica; a suposta refutabilidade da presunção.

Face ao que antecede, a Comissão assume a seguinte posição<sup>27</sup>:

*“As empresas que fazem parte da mesma ‘empresa’, na acepção do artigo 101.º, n.º 1, não são consideradas concorrentes para efeitos das presentes orientações. O artigo 101.º aplica-se exclusivamente aos acordos entre empresas independentes. Quando uma empresa exerce uma influência decisiva sobre outra empresa, constituem em conjunto uma única entidade económica e, por conseguinte, fazem parte da mesma empresa. O mesmo é válido no que se refere às empresas-irmãs, ou seja, empresas relativamente às quais a mesma empresa-mãe exerce uma influência decisiva. Por conseguinte, estas empresas não são consideradas concorrentes, mesmo que desenvolvam ambas actividades nos mesmos mercados do produto e geográfico relevantes”.*

A solução *supra* transcrita tem, como se pode depreender, uma razão de ser muito própria, razão essa que, contudo, não pode, em nosso modesto entender, ser extrapolada, sem mais, para o campo da atribuição de responsabilidade supostamente pessoal por práticas restritivas da concorrência.

Tal responsabilidade aparentemente pessoal tem vindo a ser, amiúde, apresentada como justificação para a atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe por práticas restritivas da concorrência levadas a cabo pela sociedade-filha.

Em suma, sustentam, a Comissão e os tribunais<sup>28</sup>, que não há qualquer violação do princípio da personalidade das penas e das sanções<sup>29</sup>, uma vez que a

---

<sup>26</sup> Tudo isto tendo por base a única e exclusiva razão de que, só deste modo, se atingiria o patamar máximo de *deterrence*, ou seja, uma razão puramente pragmática. Muito embora tal entendimento se compreenda em parte, uma vez que também faz sentido que a Comissão disponha de mecanismos de prevenção do fenómeno das tentativas de afastar a responsabilização da sociedade-mãe através da constituição de subsidiárias de fachada, a verdade é que, mesmo nos casos em que apenas se responsabiliza a sociedade-filha, a sociedade-mãe também sofre um considerável prejuízo que se repercute na sua esfera jurídica em virtude do domínio total ou parcial. Assim, entendemos que este potencial prejuízo considerável já assume, *de per se*, um aceitável efeito de *deterrence*, o qual, em qualquer caso, não pode ser uma justificação em si mesmo.

<sup>27</sup> V.g., Informações Oriundas das Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia – Comunicação da Comissão, *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal* (2011/C 11/01), parág. 11.

responsabilidade que se atribui é a responsabilidade pessoal da empresa, enquanto unidade económica e para efeitos do direito da concorrência<sup>30</sup>.

A ser assim, poderia fazer sentido que a responsabilidade fosse, em qualquer caso, assacada à empresa, assim englobando sociedade dominante, dominada e, bem assim, todas as sociedades integrantes do universo que coubesse naquela definição de empresa.

Tal entendimento, contudo, tem, desde logo, um problema de autoria. A verdade é que, em bom rigor, não é a empresa naquela acepção que comete o ilícito, mas sim a subsidiária.

Saliente-se, aliás, que aquela primeira hipótese de ser a empresa, na acepção do direito da concorrência, a cometer o ilícito não nos parece sequer concebível de uma

---

<sup>28</sup> V.g., Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de Novembro de 2013, Kendrion contra Comissão Europeia, C-50/12 P, ECLI:EU:C:2013:771 (n.º 47); Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 11 de Julho de 2013, Comissão Europeia contra Stichting Administratiekantor Portielje e Gosselin Group NV, C-440/11 P, ECLI:EU:C:2013:514 (n.º 37); Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 29 de Setembro de 2011, Elf Aquitaine SA contra Comissão Europeia, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620; Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 29 de Setembro de 2011, Arkema SA contra Comissão Europeia, C-520/09 P, ECLI:EU:C:2011:619 (n.º 37); Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 29 de Março de 2011, ArcelorMittal Luxembourg SA e Outras contra Comissão Europeia, Case C-201/09 P e C-216/09 P, ECLI:EU:C:2011:190 (n.ºs 95 a 99); Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Junho de 2016, Evonik Degussa GmbH (anteriormente, AlzChem AG) contra Comissão Europeia, C-155/14 P, ECLI:EU:C:2016:446 (n.ºs 13 e ss.).

<sup>29</sup> Vide, Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 26 de Outubro de 2010 no âmbito do Processo C-352/09P (disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0352&from=ES>), onde se pode ler que “[e]stes princípios constituem garantias fundamentais do direito sancionatório. Em conformidade com o princípio da responsabilidade pessoal, ninguém é responsável senão pelos seus próprios actos. Em virtude do princípio da personalidade das penas, uma pena não pode ser sofrida por outra pessoa que não seja o culpado. Estes princípios opõem-se, pois, ao envolvimento da responsabilidade de uma pessoa singular ou de uma pessoa colectiva que não foi nem autor nem cúmplice de uma infracção e constituem assim limites ao exercício do jus puniendi dos poderes públicos. Constituem igualmente limites à utilização das pessoas singulares que não podem reconhecer-se falsamente culpa das de uma infracção que não cometeram” (cf. parágrafos 162 e ss.).

<sup>30</sup> Neste sentido, vide, PACE, Lorenzo Frederico – “The Parent-subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2014, Vol. 7(10), pp. 196 e ss.

perspectiva prática, porquanto o cometimento de ilícitos desta natureza se consubstancia, na violação de um determinado dever que impende sobre pessoas jurídicas e não sobre pessoas económicas, pelo que só aquelas as podem violar, não estas<sup>31</sup>.

Deste modo, a conduta que se pretende punir é a conduta pessoal e própria da subsidiária, pessoa jurídica sobre a qual impendem determinados deveres legais, e não a conduta pessoal da sociedade-mãe que, em rigor, não existe, pois que esta última não participa, a qualquer título, na infracção, pelo que não pode ser sancionada.

Com efeito, dúvidas não há – também como veremos mais adiante – que as condutas de que ora se trata são da autoria da sociedade-filha, não da sociedade-mãe, sendo que é nestes casos que a questões relativas à presunção se colocam. Desta feita, não se compreende como pode entender-se, numa construção puramente teórica, que a prática restritiva da concorrência é da autoria da empresa naquela acepção quando, em rigor, não é.

Caindo por terra aquele argumento, deve considerar-se inadmissível a responsabilização da sociedade dominante nestes termos, porquanto tal responsabilização deve respeitar, *a priori*, certas regras de autoria, não podendo a mesma encontrar o seu sustentáculo em razões de puro pragmatismo.

Para além de levantar este problema de autoria, a interpretação daquelas normas no sentido de admitirem a responsabilização da sociedade-mãe por práticas da autoria da sociedade-filha, suscita também problemas atinentes ao tema da culpa.

É consabido que o modelo da responsabilidade penal objectiva se encontra, desde há muito, superado, vigorando, em pleno, o princípio *nullum crimen sine culpa*<sup>32</sup>, o qual encontra o seu fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana.

---

<sup>31</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide*, THOMAS, Stefan – “Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law” (...), *op. cit.*, pp. 20 e ss.

<sup>32</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide*, COSTA, José de Faria – *Direito Penal*, 1.ª Edição, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Outubro de 2017, pp. 354 e ss.,



Sendo certo que tal princípio se refere especificamente aos crimes – e, portanto, ao direito penal *stricto sensu* – a verdade é que também o Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro, que (re)institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo (doravante, “Regime Geral das Contra-ordenações” ou “RGCO”) – na sua redacção actual<sup>33</sup> – incorpora a plena vigência do princípio da culpa, ainda que com um entendimento particular quando comparado com o vigente no direito penal<sup>34</sup>.

Tal significa que, para que se possa imputar o facto que assume relevância contra-ordenacional a um qualquer agente, tal facto deve ser imputado a título de dolo ou negligência.

Ora, no caso em apreço, tal conclusão parece, no mínimo, pouco compatível com a imputação de responsabilidade à sociedade-mãe pelo simples facto de a mesma deter determinada percentagem das participações sociais da sua subsidiária. Nos termos deste entendimento, nada se afere quanto à autoria daquela primeira como, bem assim, quanto ao seu grau de culpa, verificando-se, em bom rigor, uma verdadeira responsabilidade objectiva da sociedade-mãe, o que, como veremos, não é, de qualquer perspectiva, admissível.

Com efeito, uma coisa é concluir que, por força da detenção da (quase-)totalidade do capital social da sociedade-filha e da possibilidade de controlo<sup>35</sup> que lhe

---

<sup>33</sup> Na versão do Decreto-Lei n.º 232/79 de 24 de Julho, previa-se, no artigo 1.º, n.º 2 que “[a] lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada, independentemente do carácter censurável do facto”, o que, conjugado com o disposto no artigo 8.º, n.º 1 do mesmo diploma, pretendia significar que, naqueles casos, “não haveria lugar à imputação de dolo e negligência” (DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 63 e ss.).

<sup>34</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide, ibidem*.

<sup>35</sup> Para efeitos de determinação do conceito de controlo, chama-se à colação o Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, nos termos do qual “o controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente: a) direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa; b) direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa” (artigo 3.º, n.º 2).

é, em princípio, consequente, o artigo 101.º do TFUE não se aplica, porquanto, na pureza dos conceitos, dominante e dominada não são concorrentes<sup>36</sup>.

Outra bem diferente – e bem distante – é concluir que, por essa mesma razão, sempre poderá ser assacada responsabilidade pessoal à sociedade-mãe por práticas restritivas da concorrência da autoria da sociedade-filha, ainda que aquelas nestas não tenha tido qualquer tipo de intervenção<sup>37</sup>.

Até porque, salvo melhor opinião e como descreveremos mais à frente, estamos no domínio de procedimentos *quasi-criminais* que, *de per si*, assumem um pendor mais garantístico e, por conseguinte, obrigam ao respeito de certos princípios fundamentais característicos do direito processual penal.

---

<sup>36</sup> Conclusão a que se chegou, por exemplo, nos n.ºs 16 e 17 do Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 24 de Outubro de 1996, Viho Europe BV contra Comissão das Comunidades Europeias, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405, onde se determinou que “(...) a Parker e as suas filiais formam uma unidade económica no interior da qual as filiais não têm autonomia real na determinação da sua linha de acção no mercado, mas aplicam as instruções que lhe são impostas pela sociedade-mãe que as controla (...). Nestas condições, a circunstância de a política de reenvio implementada pela Parker e que consiste principalmente em repartir diferentes mercados nacionais entre as suas filiais poder produzir efeitos no exterior da esfera do grupo Parker, susceptíveis de afectar a posição concorrencial de terceiros, não pode ser susceptível de tornar o artigo 85.º, n.º 1, aplicável, mesmo interpretado em conjugação com os artigos 2.º e 3.º, alíneas e) e g), do Tratado. Em contrapartida, esse comportamento unilateral pode ser abrangido pelo artigo 86.º do Tratado se as condições de aplicação que este impõe estiverem preenchidas”.

<sup>37</sup> Para se salvaguardar de críticas de outra índole, a jurisprudência da União Europeia tem, como vimos, vindo a caracterizar aquela responsabilidade como uma responsabilidade pessoal da empresa para efeitos de direito da concorrência. Contudo, como afirma MICKONYTÉ, Aisté, “[i]f the role of the parent in the infringement is irrelevant and one legal person (notably, Charter of Fundamental Rights does not distinguish between natural and legal persons) may be punished for other legal person’s conduct solely on the merits of being members of the same corporate group, then the term ‘personal responsibility’ loses its accepted meaning and may only be understood as a concept referring to the punishment of persons (for practical reasons of addressing the decision) and not responsibility attributed for personal conduct. The issue has been raised numerous times by the CJEU and the GC; it resulted in repeated statements that the principle of personal responsibility has to be “brought in line with the notion of undertaking”<sup>54</sup> as interpreted by the case law. However, first, the current line of case law suggests it is not put into practice. As we have seen, virtually every relevant judgment places emphasis on the fact that it is based on the concept of one undertaking, a single economic unit, and not on the actual conduct of the parent” (in “Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law” (...), *op. cit.*, p. 40).

Não obstante tudo o que antecede, a Comissão, com base na simples constatação de domínio total ou quase total – que é, convenhamos, um critério puramente matemático e de fácil constatação, tem vindo a responsabilizar a sociedade-mãe por factos da autoria de outrem, independentemente de a mesma ter intervindo na prática ou sequer ter tido conhecimento da mesma.

Na prática, esta desoneração probatória<sup>38</sup> da Comissão significa que o ónus da prova se inverte<sup>39</sup> e que, portanto, é à sociedade-mãe que cabe provar que, naquele caso concreto e não obstante a participação que detém no capital social da sociedade-filha, não exerceu influência decisiva, tendo esta última agido com plena autonomia na determinação da sua conduta no mercado<sup>40/41</sup>.

Caso jurisprudencial paradigmático nesta matéria é, como veremos com mais detalhe em capítulo próprio, o caso *Azko Nobel contra Comissão Europeia*<sup>42/43/44</sup>, no qual o Tribunal dá razão à Comissão, que havia concluído pela responsabilização da sociedade-mãe, fundamentando a sua decisão na detenção, por esta última, da totalidade do capital social da sociedade que havia cometido a prática restritiva da concorrência e

---

<sup>38</sup> Arriscamos dizer que é uma auto-desoneração legitimada *a posteriori* pelos Tribunais.

<sup>39</sup> Operando-se, deste modo, uma externalização da tarefa de supervisão, no sentido apontado por WAHL, Nils – “Parent Company Liability – A Question of Facts or Presumption?”, *19<sup>th</sup> St. Gallen International Competition Law Forum ICF – 7 e 8 de Junho 2012*, p. 3, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2206323](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206323).

<sup>40</sup> Neste sentido, *vide*, SVETLICINLI, Alexandr & SAD, Novi – “Parental Liability for the Antitrust Infringements of Subsidiaries: A Rebuttable Presumption or Probatio Diabolica?”, *European Law Reporter*, 2011, N.º 10, p. 291.

<sup>41</sup> Ainda que, nos termos e para os efeitos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (*rectius*, artigos 101.º e 102.º do TFUE), “[e]m todos os processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 81.º ou do artigo 82.º do Tratado incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação”.

<sup>42</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de Setembro de 2009, *Akzo Nobel NV e Outros contra Comissão Europeia*, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536.

<sup>43</sup> Muito embora a presunção surja, pela primeira vez e ainda a medo, no Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1983, *Illegemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293.

<sup>44</sup> A este propósito e para uma análise mais exaustiva deste aresto, *vide* BRAVO, Teresa – “A responsabilidade das sociedades-mãe e das filiais em direito europeu da concorrência: análise crítica da jurisprudência *Azko Nobel*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Outubro-Dezembro 2013, Ano 23, N.º 4, pp. 613 e ss.

na consequente possibilidade de, em abstracto, aquela exercer sobre esta uma influência decisiva<sup>45</sup>. O Tribunal vai ainda mais longe e confirma que, nos casos de domínio total, se pode presumir que, no caso concreto de determinada prática restritiva da concorrência, a sociedade-mãe exerceu efectivamente uma influência decisiva, ou seja, que a sociedade-filha não agiu de forma autónoma na determinação da sua conduta de mercado, mas sim no cumprimento de orientações dadas pela sociedade-mãe. Deste modo, caso a sociedade-mãe não logre provar que não exerceu influência decisiva no caso concreto e que a sociedade-filha agiu de forma autónoma, a sociedade-mãe será solidariamente responsável, determinando-se a coima com base no volume de negócios da empresa na acepção do artigo 101.º do Tratado<sup>46/47</sup>.

---

<sup>45</sup> No mesmo sentido, *vide*, o n.º 50 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1983, *Ilgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Comissão das Comunidades Europeias*, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293.

<sup>46</sup> Para além do significativo aumento do valor da coima a aplicar, a atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe poderá ainda fomentar, ao abrigo do *private enforcement*, a interposição, contra a empresa naquela acepção, de acções de reclamação de danos nos mais variados ordenamentos jurídicos (como se afirma, por exemplo, em JOSHUA, Julia, BOTTEMAN, Yves e ATLEE, Laura – “You Can’t Beat the Percentage” – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement, *Global Competition Review*, 2012, p. 4). Tal possibilidade significa, então, que, não só a sociedade-mãe tem que, à revelia do facto de nada ter que ver com a prática ilícita em causa, assumir o pagamento de uma coima determinada com base no volume de negócios da empresa, como, bem assim, que poderá vir a ter que indemnizar terceiros que tenham sofrido, na sua esfera jurídica, danos resultantes da prática restritiva da concorrência da autoria da subsidiária. A este propósito, atente-se na Directiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as acções de indemnização no âmbito do direito nacional por infracção às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia – a qual foi, muito recentemente, transposta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 23/2018 de 5 de Junho – que estatui, em termos muito genéricos, “*certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infracção ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efectivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação*”, mormente vinculando os Estados-membros à obrigação de divulgarem os elementos de prova e, em especial, os elementos de prova incluídos no processo que correu termos na autoridade da concorrência. Ora, se a aplicação de uma coima naqueles termos determinada já se revestia de impressiva severidade para a sociedade dominante, esta possibilidade – que agora é real – não pode senão ser interpretada no sentido de agravar, consideravelmente, as exigências de cautela quanto à aplicação da presunção de influência decisiva.

<sup>47</sup> Para mais consequências da atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe, *vide*, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de & FERRO, Miguel Sousa – “The sins of the son: parente company liability for

Nos termos e para os efeitos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência (doravante, “Regulamento”), o ónus da prova “*incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação*”, *rectius*, à Comissão (cf. artigo 4.º do Regulamento). Não obstante, de acordo com jurisprudência vária, caso se verifiquem os pressupostos da presunção, a Comissão fica isenta de carrear, para os autos, quaisquer outros meios de prova que corroborem a ideia de que houve, de facto e no caso concreto, um efectivo exercício de influência decisiva<sup>48</sup>.

Peremptório nesta afirmação é o Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2011<sup>49</sup>, onde se lê que: “*no caso específico em que uma sociedade-mãe detém 100% de participação numa subsidiária que infringiu as regras da concorrência da União Europeia, em primeiro lugar, a sociedade-mãe pode exercer uma influência decisiva sobre o comportamento da subsidiária e, em segundo lugar, presume-se iure et de iure que a sociedade-mãe exerce de facto essa influência decisiva. Nestas condições, basta que a Comissão prove que a subsidiária é detida a 100% pela sociedade-mãe para se assumir que a sociedade-mãe exerce uma influência decisiva sobre a política comercial da subsidiária. A Comissão poderá então considerar a sociedade-mãe solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua subsidiária, a menos que a sociedade-mãe, que tem o ónus de refutar aquela presunção, apresente provas suficientes para demonstrar que a subsidiária age de forma independente no mercado. Dada a sua natureza ilidível, esta presunção não conduz à imputação automática de responsabilidade à sociedade-mãe que detém 100% do capital da sua subsidiária, o que seria contrário ao princípio da responsabilidade pessoal em que*

---

competition law infringements”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Julho – Setembro 2010, Ano 1, Número 3, p. 57.

<sup>48</sup> Neste sentido, WHISH, Richard & BAILEY, David – *Competition Law* (...), *op. cit.*, pp. 94 e ss.; OLAERTS, Mieke & CAUFFMAN, Caroline – “Química: Further Developing the Rules on Parent Company Liability”, *European Competition Law Review*, 2011, Vol. 32, N.º 9, p. 6; BRAVO, Teresa – “A responsabilidade das sociedades-mãe e das filiais em direito europeu da concorrência: análise crítica da jurisprudência *Azko Nobel*” (...), *op. cit.*, p. 631.

<sup>49</sup> General Química SA e Outros contra Comissão Europeia, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, n.ºs 39 e 40.

*assenta a legislação da UE em matéria de concorrência. A fim de ilidir esta presunção, cabe à sociedade-mãe submeter à apreciação dos Tribunais da UE prova relativa aos laços organizativos, económicos e jurídicos entre a subsidiária e a sociedade-mãe, susceptíveis de demonstrar que não constituem uma unidade económica”<sup>50</sup>.*

O Regulamento fixa também, no seu artigo 23.<sup>o51</sup>, a forma de determinação da coima a aplicar em caso de verificação de práticas restritivas da concorrência. Nos termos do n.º 2 do referido normativo, a coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infracção não deve exceder 10% do respectivo volume de negócios total realizado durante o período precedente.

Dentro da moldura cujo limite máximo se fixa em 10% do volume de negócios da empresa no período transacto, o montante da coima é determinado com base na gravidade e duração da ofensa (artigo 23.º, n.º 3 do Regulamento). Assim, nos casos em que opera a presunção de influência decisiva, o volume de negócios relevante para efeitos de determinação da coima deixa de ser o da sociedade-filha, para passar a ser o da empresa<sup>52</sup>, na acepção do artigo 101.º do TFUE, o que representa um aumento

---

<sup>50</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “*in the specific case in which a parent company has a 100% shareholding in a subsidiary which has infringed the competition rules of the European Union, first, the parent company can exercise a decisive influence over the conduct of the subsidiary and, second, there is a rebuttable presumption that the parent company does in fact exercise such decisive influence. In those circumstances, it is sufficient for the Commission to prove that the subsidiary is wholly owned by the parent company in order to assume that the parent exercises a decisive influence over the commercial policy of the subsidiary. The Commission will then be able to regard the parent company as jointly and severally liable for the payment of the fine imposed on its subsidiary, unless the parent company, which has the burden of rebutting that presumption, adduces sufficient evidence to show that its subsidiary acts independently on the market. Given its rebuttable nature, that presumption does not lead to the automatic attribution of liability to the parent company holding 100% of the capital of its subsidiary, which would be contrary to the principle of personal responsibility on which EU competition law is based. In order to rebut that presumption it is for the parent company to put before EU judicature any evidence relating to the organizational, economic and legal links between its subsidiary and itself that are apt to demonstrate that they do not constitute a single economic unit*”.

<sup>51</sup> Cf., em paralelo, o artigo 69.º da Lei da Concorrência.

<sup>52</sup> Neste sentido, vide LANG, John Temple – “How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved?” (...), *op. cit.*, pp. 1482 e ss.

considerável da coima e do efeito da mesma na economia da empresa, agravamento que, *de per si*, levanta sérias dúvidas quanto à natureza daquela sanção.

Tudo sem prejuízo da circunstância de o artigo 23.º, n.º 5 do Regulamento estatuir que as decisões nestes termos tomadas não têm carácter penal, o que, aliás, é curioso, porquanto não se compreende como poderá tal previsão, meramente formal, afastar, sem mais, o eventual carácter penal de determinada sanção, que sempre se poderá defender, por exemplo, com base na evidente severidade da grande maioria das coimas aplicadas nestes casos.

Antes de passarmos à análise da presunção, que se diz ser ilidível<sup>53</sup>, vejamos primeiro o enquadramento legal das práticas restritivas da concorrência na Lei da Concorrência, nomeadamente, a definição de empresa para efeitos da concorrência no nosso ordenamento jurídico.

O artigo 3.º da Lei da Concorrência, sob a epígrafe “*noção de empresa*”, diz-nos, no seu n.º 1, que, para efeitos do referido diploma, “*considera-se empresa (...) qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*”. Ora, como facilmente se depreende, a definição legal de empresa não mais é que a tradução quase literal do conceito de *undertaking*<sup>54</sup>,

---

<sup>53</sup> Mas que apenas foi efectivamente ilidida em raros casos. Neste sentido, v.g., Acórdão do Tribunal Geral de 16 de Junho de 2011, Gosselin Group NV e Stichting Administratiekantoor Portielje contra Comissão Europeia, Processos T-208/08 e T-209/08, ECLI:EU:T:2011:287, caso em que se decidiu, por um lado, que a Comissão não havia demonstrado que a Portielje era uma empresa para efeitos de Direito da União Europeia (n.º 50) e, por outro lado, que a “(...) Portielje apresentou elementos de prova susceptíveis de demonstrar que não exerceu uma influência determinante sobre a Gosselin, ou mesmo que não estava em condições de exercer tal influência. Assim, conseguiu ilidir a presunção (...)” (n.º 58). Pontos que, contudo – ainda que sem grande surpresa – vêm a ser anulados pelo Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 11 de Julho de 2013, Comissão Europeia contra Stichting Administratiekantoor Portielje e Gosselin Group NV, C-440/11 P, ECLI:EU:C:2013:514.

<sup>54</sup> Que deve ser entendido como “*designating an economic unit, consisting of a unitary organization of personal, tangible and intangible elements, which pursues a specific economic aim on a long-term basis, even if, in law, that economic unit consists of several natural legal persons. This concept does not necessarily match that of ‘legal person’ under national company law or tax law*” (cf. MONTESA, Aitor & GIVAJA, Ángel – “When Parents Pay for their Children’s Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary

densificado pela jurisprudência da União Europeia. O referido normativo acrescenta ainda, no seu n.º 2, que se considera como “*uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente: a) de uma detenção maioritária no capital; b) da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou fiscalização; d) do poder de gerir os respectivos negócios*”, sufragando deste modo a tendência jurisprudencial da União Europeia, que, como vimos, tende a considerar que, para efeitos de direito da concorrência da União, estamos perante uma única empresa quando, apesar da multiplicidade de pessoas jurídicas, os laços de interdependência entre elas justificam que as mesmas sejam tomadas, para certos efeitos, como um todo, uno e indivisível<sup>55</sup>.

Como facilmente se pode concluir do *supra* referido, também o conceito de mercado é relevante para que possamos efectuar uma delimitação do âmbito de aplicação das normas ora em apreço. Na verdade, o conceito de mercado é relevante uma vez que o próprio conceito de empresa só é determinável relativamente a determinado mercado concreto e bem delimitado.

O conceito de empresa é, deste modo e por tudo quanto vai dito, informado e conformado por uma série de outros conceitos que só à luz do caso concreto melhor se compreendem.

A relação de interdependência que existe entre os vários conceitos, característica do direito da concorrência, torna difícil a concretização teórica dos mesmos, os quais,

---

Scenarios”, *World Competition*, 2006, 29(4), p. 557). Para outros desenvolvimentos, *vide*, MICKONYTÉ, Aisté – “Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law” (...), *op. cit.*, pp. 33 e ss. e, ainda, ODUDU, Okeoghene e BAILEY, David – “The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law” (...), *op. cit.*, pp. 1726 e ss.

<sup>55</sup> Neste sentido, “*existirá ‘unidade económica’ nas ‘sociedades em relação de grupo’ (arts. 488.º, s. do CSC) e nos conjuntos de empresas em que, apesar de não haver ‘relação de grupo’, uma delas (sociedade ou não) domina totalmente (ou quase), de modo directo ou indirecto, uma ou mais sociedades, não gozando esta(s) de real autonomia na determinação dos seus comportamentos no mercado*” (ABREU, Jorge M. Coutinho de – *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, coord. Miguel Gorjão-Henriques... [et al.], 2ª Edição, Lisboa: Almedina, 2017, p. 37).



como já referimos, só em face de um concreto problema se compreendem na plenitude<sup>56</sup>.

Ora, se a compreensão do conceito de empresa neste termos parece não causar problemas ao nível da concentração de empresas, tal já não é tão líquido ao nível das práticas restritivas da concorrência, porquanto permite que se responsabilize, severamente, a sociedade-mãe, que não participou no cometimento do ilícito, nem do mesmo tinha – não raras vezes – conhecimento<sup>57/58</sup>.

É exactamente desta questão que a doutrina se tem vindo a ocupar nos últimos tempos, questionando não só a possibilidade de ilidir a presunção da influência decisiva como a própria possibilidade de imputar, à sociedade-mãe, práticas restritivas da concorrência da autoria da sociedade-filha.

Questão que também interessa analisar é a de saber qual a natureza dos procedimentos e processos para aplicação de sanções no âmbito das práticas restritivas da concorrência.

---

<sup>56</sup> Cf. *Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência* (97/C 372/03) da Comissão, publicada no Jornal Oficial n.º C 372 de 09/12/1997 pp. 0005 – 0013, onde se pode ler que “a definição de mercado constitui um instrumento para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas. Permite estabelecer o enquadramento no âmbito do qual a Comissão aplica a política de concorrência. O principal objecto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva. (...)” (parág. 2);

<sup>57</sup> Cf., neste sentido, MONIZ, Carlos Botelho, et al. – *Lei da Concorrência Anotada* (...), op. cit., p. 33.

<sup>58</sup> Também neste sentido, “anote-se ainda uma consequência retirável – mas que não deve ser retirada – da letra do n.º 2 do artigo 3.º. O facto de uma empresa do ‘conjunto’ ser parte em acordo (ou prática concertada) anticoncorrencial com empresa exterior (fora do conjunto) gera responsabilidade (v. arts. 68.º, s.). Ora, em face dos dizeres do preceito, pareceria fácil responsabilizar não só a empresa parte no acordo e (eventualmente) a empresa (dominante) do conjunto que tenha determinado ou codeterminado o comportamento ilícito, mas também todas as restantes empresas do conjunto – única empresa – ainda que alheias àquele comportamento...” (ABREU, Jorge M. Coutinho de – *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense* (...), op. cit., p. 38).

Ainda que tal natureza seja controversa na doutrina e na jurisprudência, o facto de o TEDH ter, já por diversas vezes, analisado casos eminentemente concorrenciais à luz do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante, “CEDH”), que consagra o direito a um processo equitativo, *lato sensu*, e nos termos do qual, entre outros, “*qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*”, poderá, pelo menos, indiciar as suas semelhanças com o processo penal em sentido clássico<sup>59/60</sup>.

O TEDH, para efeitos de aplicação da vertente penal do artigo 6.º da CEDH, tem vindo a auxiliar-se do critério de Engel<sup>61/62</sup>, de acordo com o qual, são relevantes os seguintes factores: (i) classificação na lei do foro; (ii) natureza da ofensa; (iii) gravidade da sanção abstractamente aplicável ao caso concreto.

O primeiro factor tem relevância limitada e serve, maioritariamente, de ponto de partida. Por seu turno, o segundo factor é, de longe, o mais importante e determina-se por referência aos seguintes subfactores: (i) a norma em apreço aplica-se a um grupo específico ou tem um carácter vinculativo geral; (ii) o processo é instaurado por um organismo com prerrogativas de *enforcement*; (iii) a norma legal em apreço tem um propósito punitivo ou dissuasor – *deterrent*; (iv) a aplicação da sanção depende de um juízo de culpa; (v) a classificação do procedimento noutros Estados Membros do Conselho Europeu. Os factores não são de verificação cumulativa, pelo que é possível

---

<sup>59</sup> Neste sentido, cf. os seguintes Acórdãos do TEDH: Lilly France contra França, Acórdão de 3 de Dezembro de 2002, Processo n.º 53892/00; Société Stenuit contra França, Acórdão de 11 de Julho de 1989, Processo n.º 11598/85; Melchers and Co. contra Alemanha, Acórdão de 9 de Fevereiro de 1990, Processo n.º 13258/87; Dubus SA contra França, Acórdão de 11 de Junho de 2009, Processo n.º 5242/04; Menarini Diagnostics S.R.L. contra Itália, Acórdão de 27 de Setembro de 2011, Processo n.º 43509/08, todos disponíveis na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

<sup>60</sup> Cf., para uma específica análise deste tema, o nosso Capítulo II.

<sup>61</sup> Acórdão do TEDH de 8 de Junho de 1976, Engel e Outros contra Holanda, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

<sup>62</sup> MARCO Bronckers & ANNE Vallery – “No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law”, *World Competition*, 2011, 34, N.º 4, pp. 539 e ss.

que se determine que estamos na presença de um processo de natureza penal, ainda que apenas se verifique um dos factores<sup>63</sup>.

Sem prejuízo da controvérsia, não podemos deixar de propugnar, na dúvida, pela aplicação de um núcleo mínimo de garantias de defesa que, em bom rigor, sempre terá que encontrar a sua origem no direito penal *lato sensu*. É o que faremos já de seguida.

---

<sup>63</sup> Cf., neste sentido, o “*Guide on Article of the European Convention on Human Rights*” (disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf)), onde se pode ler o seguinte: “*Article 6 under its criminal head has been held to apply to (...) certain administrative authorities with powers in the spheres of economic, financial and competition law (Lilly France S.A. v. France (dec.); Dubus S.A. v. France; A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy)*” (parág. 17).

## II. Dos ilícitos de mera ordenação social

Como julgamos que decorre do que já fomos avançando, é importante, para a discussão do presente tema, analisar, de forma não só breve como, bem assim – reconhecemos – não exaustiva, as razões que levaram ao surgimento do direito de mera ordenação social e a evolução de direito positivo, doutrinal e jurisprudencial do mesmo no nosso ordenamento jurídico<sup>64</sup>, porquanto este passo interlocutório nos parece indispensável ao que sustentaremos nos capítulos seguintes.

É nosso entender que, muito embora se reconheça que, na sua génese, o direito de mera ordenação social surgiu “*por contraposição ao direito penal e no contexto de um movimento de progressiva descriminalização de determinados tipos legais de condutas cuja violação não se reveste da ressonância ética característica do direito criminal*”<sup>65</sup>, a realidade hodierna é, indubitavelmente, outra e, consequentemente, reclama uma diferente concepção do direito de mera ordenação social.

Em termos teóricos, deve salientar-se, desde já, que o enquadramento que os ilícitos de mera ordenação têm vindo a merecer na doutrina é multiforme, sendo que destacaremos aquelas que nos parecem ser, em traços largos, as referências indispensáveis, partindo de uma análise mais prática, à luz da evolução legislativa.

Em termos históricos<sup>66</sup>, as contra-ordenações surgem no ordenamento jurídico português por força da publicação do Decreto-Lei n.º 232/79 de 24 de Julho, o qual

---

<sup>64</sup> Sobre o seu posicionamento no ordenamento jurídico, *vide*, DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações* (...), *op. cit.*, pp. 41 e ss.

<sup>65</sup> MONIZ, Carlos Botelho, *et al.* – *Lei da Concorrência Anotada* (...), *op. cit.*, p. 649.

<sup>66</sup> Para mais desenvolvimentos acerca da evolução histórica das contra-ordenações no ordenamento jurídico português, *vide*, PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa – “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Janeiro-Março 1997, Ano 7, N.º 1, pp. 7-100; DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações* (...), *op. cit.*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 9-26 e MOUTINHO, José Lobo – *Direito das Contra-Ordenações, Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica, 2008, pp. 22 e ss.

instituiu o ilícito de mera ordenação social<sup>67</sup>, naquilo que FIGUEIREDO DIAS<sup>68</sup> qualifica como um verdadeiro movimento de descriminalização em sentido estrito e técnico.

Tal como se pode ler no preâmbulo daquele diploma legal, previa-se a instituição de um “*ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal*”, o qual permitiria “*libertar este ramo de direito das infracções que prestam homenagem a dogmatismos morais ultrapassados e desajustados no quadro de sociedades democráticas e plurais, bem como do número inflacionário e incontrolável das infracções destinadas a assegurar a eficácia dos comandos normativos da Administração, cuja desobediência se não reveste da ressonância moral característica do direito penal. E que permita, outrossim, reservar a intervenção do direito penal para a tutela dos valores ético-sociais fundamentais e salvaguardar a sua plena disponibilidade para retribuir e prevenir com eficácia a onda crescente de criminalidade, nomeadamente da criminalidade violenta*”.

A intenção do legislador era, portanto, a de segregar os tipos de ilícito tendo por base o critério da diferenciação das condutas num plano ético-jurídico.

Caberiam ao direito penal os factos ilícitos que, *de per si*, se manifestassem como ético-socialmente censuráveis e, bem assim, atentatórios de bens jurídicos que, por natureza, cabe àquele ramo do direito proteger e, por outro lado, caberiam ao direito das contra-ordenações as condutas que violassem determinados deveres sociais que, muito embora de importante relevo na ordenação da vida em sociedade, não se revestiam – os deveres e as respectivas violações – daquela ressonância moral.

Este diploma, contudo, gerou alguma controvérsia, mormente, na equiparação a que se procedia no seu artigo 1.º, n.º 3<sup>69</sup>, o qual, em conjunto com o n.º 4, foi revogado

---

<sup>67</sup> Cf. CORREIA, Eduardo – “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, Vol. 1, pp. 3-18.

<sup>68</sup> In “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, Vol. 1, pp. 22 e s., onde parece ser também de destacar o seguinte excerto: “[d]escriminalização que assim facilmente se distingue da descriminalização de facto, da despenalização em sentido próprio, da diversão e mesmo da chamada não intervenção radical, quando esta se toma no sentido originário com que EDWIN SCHUR a propôs à discussão”.

pelo Decreto-Lei n.º 441-A/79 de 1 de Outubro, porquanto “*suscitou problemas vários de aplicação prática, para além de dúvidas sobre a sua constitucionalidade*”<sup>70</sup>.

Tais problemas de aplicação prática sentiam-se, essencialmente, no domínio da – pretendida – transformação das contravenções e transgressões em contra-ordenações, sendo que tal “*(...) implicaria desde já alterações mais ou menos sensíveis na actividade e organização dos serviços da Administração, que passariam eles próprios a aplicar as sanções previstas no diploma. Impor-se-ia assim uma prévia readaptação das entidades intervenientes, com exacta identificação dos problemas que teriam de ser enfrentados, e que deveriam estar resolvidos, quando o novo ordenamento entrasse em vigor*”<sup>71</sup>.

Com a revogação dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79 de 24 de Julho, na prática, retirou-se, àquele diploma, a sua utilidade prática, uma vez que aquele não tipificava qualquer contra-ordenação e que, portanto, se manteve o *status quo* prévio da coexistência legal entre contravenções, transgressões e crimes, sendo certo que, em nossa opinião, aquele regime se pretendia instituído como um regime geral, de enquadramento, daí que não se tenham tipificados quaisquer contra-ordenações<sup>72</sup>.

Três anos mais tarde, aquele regime é, *in totum*, revogado pelo Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro, que (re)institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo.

Este diploma legal, actualmente em vigor, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 356/89 de 17 de Outubro e, posteriormente, pelo Decreto-Lei n.º 244/95 de 14 de Setembro, sendo que este último introduziu, naquele primeiro, alterações substanciais em matéria de atenuação especial da coima em caso de erro não censurável, tentativa,

---

<sup>69</sup> Onde se podia ler que “[s]ão equiparáveis às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias”.

<sup>70</sup> Cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 441-A/79 de 1 de Outubro.

<sup>71</sup> Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 441-A/79 de 1 de Outubro.

<sup>72</sup> No mesmo sentido, *vide*, MACHADO, Miguel Pedrosa – “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, Vol. 1, p. 152.

cumplicidade, aumento dos limites máximos das coimas aplicáveis, revisão das disposições aplicáveis às sanções acessórias e seus pressupostos, entre outras alterações.

Tais alterações, nas palavras preambulares do próprio diploma legal, justificaram-se como reforço das garantias dos arguidos perante o crescente poder sancionatório da Administração, o qual se tem vindo a alastrar a todas as áreas com potencial regulatório.

Certo é que a evolução da concepção de Estado como ente regulador de actividades económicas deu uma nova razão de ser ao direito de mera ordenação social e temos que, condutas que seriam, pelo menos em tese, elegíveis para punição a título penal, migraram e solidificaram-se no direito das contra-ordenações, o qual, inelutavelmente, se veio a aproximar, cada vez mais, do direito penal.

Tal aproximação não se verifica apenas na gravidade extrema de certas sanções pecuniárias aplicáveis no âmbito do direito das contra-ordenações e nas externalidades que, em virtude da aplicação daquelas, se fazem muitas vezes sentir no seio das empresas, mas também, e a nosso ver principalmente, com a diluição progressiva daquela distinção que, *ab initio*, se apresentava como nota de segregação entre os ilícitos punidos com penas e os ilícitos punidos com coimas<sup>73</sup>.

Com a evolução do chamado Estado Regulador<sup>74/75</sup> criaram-se inúmeras entidades reguladoras independentes com poderes regulatórios, de supervisão e sancionatórios<sup>76</sup> que em muito se assemelham aos poderes punitivos do Estado<sup>77</sup> e, para

---

<sup>73</sup> Sobre as teorias qualitativa e quantitativa de distinção, cf. MOUTINHO, José Lobo – *Direito das Contra-Ordenações, Ensinar e Investigar* (...), *op. cit.*, pp. 46 e ss.

<sup>74</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide*, CORREIA, Eduardo – “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social” (...), *op. cit.*, p. 4 e ss., o próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro, MOUTINHO, José Lobo – *Direito das Contra-Ordenações, Ensinar e Investigar* (...), *op. cit.*, pp. 17 e ss. e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret*, 2015, N.º 2, pp. 1-4.

<sup>75</sup> Para algumas considerações a propósito do advento do Estado Regulador, cf., exemplificativamente, BRAITHWAITE, John – “The new regulatory state and the transformation of criminology”, *British Journal of Criminology*, 2000, Vol. 40, pp. 222 a 238.

<sup>76</sup> Para algum desenvolvimento acerca destes poderes, *v.g.*, TEIXEIRA, Carlos Adérito – “Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do direito sancionatório da regulação”, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, coord. Maria

além disso, os bens jurídicos da Constituição económica passaram a ser preferencialmente protegidos em diplomas legais de índole contra-ordenacional, independentemente da censura ético-jurídica que pudesse vir a ser atribuída à violação dos mesmos<sup>78</sup>.

É esta entropia do sistema, criada por um impulso legiferante desenfreado, que torna cada vez mais difícil a tarefa da distinção entre os ilícitos penais e os ilícitos contra-ordenacionais, diluindo-se rapidamente as diferenças que entre uns e outros se podiam anteriormente – com mais ou menos facilidade – apontar.

Considerando que, sob a égide do direito das contra-ordenações, encontramos uma panóplia de ilícitos contra-ordenacionais que têm implícitos diferentes graus de gravidade de conduta que lhes está na génese e, portanto, são sancionados com coimas de valores muito diferentes, a doutrina tem vindo a sustentar uma divisão interna no

---

Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 109 e ss.

<sup>77</sup> Em bom rigor, o Estado acabou por delegar, nas entidades reguladoras independentes, os poderes não só de regulamentação e supervisão como, bem assim, sancionatórios, circunstância que levou a uma proliferação sem antecedentes de entidades daquela natureza nos mais variados sectores. Tal proliferação, contudo, tem vindo a assumir-se como potencialmente perniciosa para a evolução legislativa neste domínio, porquanto aquelas entidades têm vindo a ganhar crescente força na determinação dos seus próprios poderes e faculdades, tentando chamar a si, não raras vezes, institutos típicos do direito processual penal, anteriormente sob a alçada dos órgãos de polícia criminal. Esta circunstância também litiga a favor da aproximação do direito contra-ordenacional adjectivo ao direito processual penal, que agora comungam, por exemplo e em alguns domínios, na faculdade de efectuar inquirições, buscas – inclusive, domiciliárias – e apreensões (v.g., artigos 18.º, 19.º e 20.º da Lei da Concorrência).

<sup>78</sup> Neste sentido, vide, BRANDÃO, Nuno – “Sistema Contra-ordenacional a diferentes velocidades”, *Scientia Iuridica*, 2017, Tomo LXVI, N.º 344, pp. 277 e ss. e DIAS, Jorge de Figueiredo – “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, Vol. 1, p. 21, onde se pode ler, sobre o momento anterior ao advento das contra-ordenações, o seguinte: “[a]presentando-se as penas como medidas coactivas dotadas de particular efectividade, inscreveu-se um pouco por toda a parte a tendência para ameaçar com elas a violação de zonas cada vez mais alargadas da ordem jurídica e para as fazer intervir onde e sempre que se julgava necessário revestir os imperativos estaduais, mesmo os de carácter administrativo, de uma particular força de vigência. Numa palavra: o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social – e deu assim ênfase ao fenómeno da hiper criminalização”.



direito contra-ordenacional<sup>79</sup>, uma vez que parece ser mais ou menos pacífico que o direito contra-ordenacional já contempla factos com ressonância ética<sup>80</sup>, circunstância que, aliás, parece ter estado na génese da alteração de 1995 ao RGCO.

Tal divisão interna permitiria separar as ditas contra-ordenações graves e muito graves de todas as restantes, conferindo-se, a cada um daqueles grupos, diferentes graus de garantias<sup>81</sup>.

Aquele grupo mais próximo das garantias conferidas por um processo penal *stricto sensu*, este grupo com uma normatividade processual comparativamente menos garantística, mais automatista e, deste modo, mais próxima do conceito puro – original – de contra-ordenação<sup>82</sup>.

Quanto ao critério que permitiria operar tal distinção, é desde logo de notar que, em nossa opinião, não é o valor da coima abstractamente aplicável o critério adequado a tal tarefa.

Não obstante, não pode também olvidar-se que o valor da coima abstractamente aplicável é, na pureza dos conceitos, um forte indício da maior ou menor gravidade do

---

<sup>79</sup> V.g., BRANDÃO, Nuno – “Sistema Contra-ordenacional a diferentes velocidades” (...), *op. cit.*, p. 283 e ss.; PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa – “As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-Ordenações na Organização do Direito Penal Secundário”, *Themis*, 2002, Ano III, N.º 5, pp. 87-100; VILELA, Alexandra – *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do direito penal clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 403.

<sup>80</sup> No mesmo sentido, cf. PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa – “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal” (...), *op. cit.*, p. 74, onde o A. afirma “(...) *ser difícil continuar a sustentar genericamente o carácter bagatelar do ilícito de mera ordenação social e recorrer às distinções tradicionais entre o ilícito criminal e as contra-ordenações com base em critérios qualitativos ou quantitativos. O que, noutra linha de considerações, acaba por limitar consideravelmente o axioma de que as condutas sancionadas neste ramo do Direito são axiologicamente neutras*”.

<sup>81</sup> Neste sentido, veja-se o que diz, mais uma vez, NUNO BRANDÃO: “[e]ste direito contra-ordenacional a distintas velocidades deveria encontrar-se expressamente contemplado no Regime Geral das Contra-Ordenações e materializar-se sobretudo no plano processual, através da previsão de distintas formas processuais para os diferentes blocos de contra-ordenações, como dissemos, seleccionados em função da pequena, média ou elevada gravidade das suas sanções” (in “Sistema Contra-ordenacional a diferentes velocidades” (...), *op. cit.*, p. 284).

<sup>82</sup> Neste sentido, *vide*, PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa – “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal” (...), *op. cit.*, p. 79.

facto que a mesma visa punir, devendo, por essa mesma razão, ser tomado em consideração neste tocante<sup>83</sup>. O valor da coima aplicável é também importante na perspectiva das consequências que da aplicação da mesma podem advir para o agente. Se aquela maior gravidade se repercute na moldura da coima aplicável, necessariamente também se repercutirá nas externalidades<sup>84</sup> que advém da efectiva aplicação da sanção pecuniária, que sempre serão de maior extensão quanto maior for a gravidade das condutas que se pretendem punir – não se podendo esquecer que, na grande maioria dos casos, aquela moldura se assume como de maior valor e espectro do que aquela que se verifica quanto às penas de multa aplicáveis às pessoas colectivas em razão do cometimento de ilícitos penais.

Sendo certo que, também nos termos da lei, a coima surge como delimitador, pelo menos formal, do núcleo de factos punidos a título contra-ordenacional.

Ainda assim, o critério de distinção deverá ser, em nossa opinião, outro.

Avançou FIGUEIREDO DIAS<sup>85</sup>, em tempos, que a indiferença ética diria respeito às próprias condutas e não aos ilícitos, os quais, inelutavelmente, já comportam, fruto da sua tipicidade, uma determinada valoração.

Com efeito, “[n]ada tolhe o passo à distinção entre condutas a que, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e condutas a que não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social. A conduta em si mesma, independentemente da sua proibição legal, é no primeiro caso axiologicamente relevante, no segundo caso axiologicamente neutra. O que no direito das contra-ordenações é axiologicamente neutro não é o ilícito, mas a conduta em si mesma,

---

<sup>83</sup> No sentido de que a gravidade das sanções não modifica qualitativamente o ilícito, vide, PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa – As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, 2017, N.º 344, pp. 251 e ss.

<sup>84</sup> Como são, por exemplo, a eventual impossibilidade de cumprimento de obrigações vencidas, o que poderá levar à insolvência material do agente do facto, com a conseguinte extinção de postos de trabalho e a também possível desertificação de certos meios.

<sup>85</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” (...), *op. cit.*, pp. 26 e 27.

*divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexcionada com esta, ela passar a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social”<sup>86</sup>.*

Não podemos deixar de concordar com este entendimento na medida em que, com efeito, não há conduta que tenha sido “elevada” à categoria de ilícito típico que não mereça uma censura ético-jurídica, pois que é esta censura que justifica aquela tipificação.

Ainda assim, tal entendimento não permite vislumbrar um critério de distinção entre ilícitos penais e contra-ordenacionais, permitindo apenas concluir que ambos possuem ressonância ética.

Face ao que antecede, parece-nos que se deve aceitar que é a vã a tentativa de, daquele modo, distinguir umas condutas de outras.

Numa tentativa de facilitar a tarefa de distinção, julgamos que a solução poderá passar pela compreensão do referente que subjaz a cada norma que tipifica uma determinada conduta como crime ou contra-ordenação.

Propõe-se assim, de certo modo, uma solução mais casuística, que, contudo, não dispensa, na teoria, um fio condutor, uma vez que, tendo em conta o *supra* exposto, a divisão interna das contra-ordenações em dois grandes grupos é, nos dias de hoje, absolutamente inevitável.

---

<sup>86</sup> Do mesmo A. na mesma colectânea, note-se o que segue: “(...) por um lado, todo o direito é «obra» ou realização do ser-livre e todas as exigências jurídicas são por isso um momento infungível do corpo do dever-ser ético-social; por outro lado, todo o direito possui natureza eminentemente histórica, como históricas se apresentam todas as exigências jurídicas; por outro lado ainda, a valoração jurídica goza de autonomia axiológica, como manifestação de um valor autónomo e transcendente expresso através da consciência jurídica da comunidade, em que se funda toda a possibilidade de realização do direito. Destes pontos de vista, pois, não fica qualquer espaço para a existência de um ilícito «eticamente indiferente»” (DIAS, Jorge de Figueiredo – “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, Vol. 1, p. 49). Cf. ainda ANDRADE, Manuel da Costa – “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, Vol. 1, p. 99.

Aqui acompanhamos ALEXANDRA VILELA<sup>87</sup> e propugnamos, com efeito, pela criação de “(...) *dois grandes tipos de contra-ordenações: as que não possuem relevância ético-social, as simples, comuns ou bagatelares, e as que são portadoras dessa mesma relevância*”.

Tal distinção – segregação – dever-se-ia ao facto de as grandes contra-ordenações – que encontramos, em regra, nos grandes sectores regulados – terem evoluído, por diversas razões, para um patamar de grande proximidade com as condutas penalmente punidas.

Contudo, no que diz respeito à ideia de que estas últimas “[s]erão, por conseguinte, *contra-ordenações protectoras de bens com dignidade penal*”, não nos parece que possamos concordar<sup>88</sup>.

Na verdade, em nossa opinião, a distinção entre aqueles dois grupos de contra-ordenações pode residir, tão-somente, na ideia de maior ou menor gravidade da conduta que com a tipificação se pretende punir.

Coisa diferente é dizer que aquele segundo grupo engloba contra-ordenações “(...) *protectoras de bens com dignidade penal*”, porquanto, a verificar-se essa dignidade penal, não pode senão, em nosso entender, criminalizar-se, *stricto sensu*, a conduta em causa. Isto, uma que, em nossa opinião, aquela expressão – “dignidade penal” – deve ser interpretada de forma restritiva, sempre por referência à natureza de *ultima ratio* – *rectius*, de harmonia com o princípio da subsidiariedade –, a qual é absolutamente caracterizadora do Direito Penal.

---

<sup>87</sup> VILELA, Alexandra – *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do direito penal clássico (...)*, op. cit., p. 403.

<sup>88</sup> Parece-nos que, neste sentido, podemos apontar PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa – *As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social (...)*, op. cit., pp. 250 e 251, A. que afirma que “[a]o contrário do que acontece com a legitimação material da intervenção penal, o direito de mera ordenação social funda a sua legitimidade, em primeira linha, na racionalidade da disciplina necessária ao bom funcionamento dos vários sectores de actividade, o que pode ou não estar associado à protecção directa ou indirecta de bens jurídicos do sistema penal”.

Aquilo que se revela imprescindível no grupo das contra-ordenações mais graves é o seu referente constitucional, *rectius*, a sua conexão íntima com os bens jurídicos consagrados e tutelados pela Constituição.

Como afirma, desde há muito, FIGUEIREDO DIAS, “(...) *se, num Estado de Direito material, toda a actividade estadual se submete à Constituição, então também a ordem dos bens jurídicos há-de constituir uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordenações há-de pois verificar-se uma relação, que não é por certo de identidade ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido. Relação esta – e é o que aqui verdadeiramente nos importa – a permitir afirmar que a ordem axiológica jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo e delimitativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado*”<sup>89</sup>.

Tal significa – ou parece poder significar – que, na categoria lata de bens constitucionalmente consagrados e protegidos, se podem distinguir aqueles que assumem dignidade penal e que, desse modo, devem ser tutelados pelo direito penal, e os bens que, sem prejuízo da sua relevância constitucional, não assumem aquela dignidade e que, por essa razão, devem ser tutelados pelo direito de mera ordenação social, o qual, por sua vez e na perspectiva adjectiva das garantias que confere, se subdivide, por referência à censurabilidade da conduta que se pretende punir e ao grau de lesão daqueles bens jurídicos, em duas grandes categorias.

Muito embora as considerações que ora tecemos se limitem apenas a aflorar, de forma muito incidental, um tema complexo e denso, parece-nos que essas considerações – mormente, o tema da divisão das contra-ordenações em duas grandes categorias consoante a sua gravidade – assumem, ainda que incipientes, especial relevo no caso de que ora nos ocupamos se pretendermos estender ao processo contra-ordenacional

---

<sup>89</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” (...), *op. cit.*, p. 23.

algumas das garantias e princípios constitucionais que tipicamente regem no processo penal.

Assim, este breve excurso serve o propósito de fundamentar a ideia de que se encontram tipificadas contra-ordenações que, pelas suas características e, mormente, em virtude do referente com que comunicam, assumem uma natureza *quasi-criminal* e, consequentemente, só podem as subsequentes coimas vir a ser aplicadas se, no caso concreto, se respeitarem aquelas garantias e princípios basilares.

Ou seja, ainda que se entenda que as garantias e princípios do processo penal *stricto sensu* não se aplicam, sem mais e de forma indiscriminada, ao direito de mera ordenação social, deverá entender-se que se aplicam àquele grupo das contra-ordenações, que, nas suas causas e efeitos, muito se aproximam dos ilícitos penais.

Enquanto não se opera tal revolução no direito de mera ordenação social, deve ficcionar-se tal distinção entre categorias de ilícitos contra-ordenacionais, ainda que forma algo casuística.

Quanto às práticas restritivas da concorrência, diríamos que as mesmas se incluem na categoria das contra-ordenações graves, não só em razão dos bens que visam tutelar – os quais sustentam, indirectamente, os valores da economia mundial tal como a conhecemos –, como, bem assim, em razão da severidade das consequências jurídicas das mesmas, devendo, neste âmbito, garantir-se a aplicação subsidiária dos princípios processuais garantísticos do processo penal.

Referimo-nos, no essencial e para aquilo que ora releva, ao princípio da presunção de inocência que, a nosso ver e pelas razões já *supra* explanadas, tem plena aplicação no processo por práticas restritivas da concorrência.

Muito embora a CRP se limite a garantir que “[n]os processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa” (cf. artigo 32.º, n.º 10), o que é certo é que a expressão “direitos de defesa” é bem mais abrangente do que poderia, numa primeira análise, parecer.

Como afirma, a nosso ver com a maior das acuidades, AUGUSTO SILVA DIAS<sup>90</sup>, “[a]quela expressão engloba assim, como, de resto, temos vindo a assinalar, as garantias de defesa que se afiguram plenamente pertinentes e adequadas ao processo contra-ordenacional como a presunção de inocência, o *ne bis in idem*, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou a proibição da *reformatio in pejus*”<sup>91</sup>.

Assim, aquela norma constitucional obriga a que se aplique “(...) ao processo contra-ordenacional a vertente do modelo acusatório respeitante ao estatuto do arguido como autêntico sujeito e não mero objecto processual”<sup>92/93</sup>.

---

<sup>90</sup> DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações* (...), *op. cit.*, p. 194.

<sup>91</sup> Também neste sentido, *vide*, BRANDÃO, Nuno – “Sistema Contra-ordenacional a diferentes velocidades” (...), *op. cit.*, pp. 281 e 282, onde o A. afirma que: “[n]a definição das linhas de orientação de tal reforma deverão, naturalmente, tomar-se em devida e real consideração os princípios constitucionais que imediatamente se projectam sobre a esfera contra-ordenacional. Designadamente, e uma vez mais sem pretendermos ser exaustivos, uma dimensão substantiva, o princípio da legalidade criminal, o princípio jurídico-constitucional da culpa, o princípio *ne bis in idem*, o princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida, o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade contra-ordenacional e o princípio da proibição dos efeitos automáticos das sanções. E numa dimensão processual, o princípio do processo equitativo e seus corolários garantidores de um efectivo direito de defesa do arguido, o princípio da presunção de inocência e o princípio da tutela jurisdicional efectiva”. *Vide*, ainda, MOUTINHO, José Lobo – *Direito das Contra-Ordenações, Ensinar e Investigar* (...), *op. cit.*, pp. 41 e 42.

<sup>92</sup> DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações* (...), *op. cit.*, p. 193.

<sup>93</sup> A opção por uma estrutura de índole acusatória mitigada por um princípio de investigação é uma opção que deve contaminar todo o ordenamento jurídico-processual penal e, pelo menos em determinados casos, também o espaço contra-ordenacional. As normas que compõem um sistema dotado daquela estrutura devem orientar-se de forma a garantir e reforçar essa mesma estrutura, a qual, além do mais, tem consagração constitucional no artigo 32.º, n.º 5 da CRP. Ora, dizer-se que o processo tem estrutura acusatória significa, essencialmente, duas coisas, significa que se reconhece ao arguido o estatuto de sujeito processual e significa também que deve existir uma clara separação, independência, entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga. Quanto a este último ponto, é de notar que os regimes contra-ordenacionais, tal como foram concebidos, têm vindo a suscitar dúvidas e críticas por parte da doutrina, na medida em que, pelo menos na fase administrativa do procedimento, a entidade que investiga, acusa e julga é a mesma. Tais críticas são apenas mitigadas pela possibilidade que os arguidos têm de vir a impugnar judicialmente a decisão da entidade administrativa. No nosso caso em específico, a Autoridade da Concorrência é, numa fase inicial, titular do inquérito e a única competente para, terminado que se encontre o inquérito, dar início à instrução por meio da notificação, ao visado, da nota de ilicitude (cf. artigo 24.º, n.º 3, alínea a) da Lei da Concorrência). Na fase da instrução (cf. artigo 25.º do mesmo diploma), os visados têm a possibilidade de se pronunciar acerca da nota de ilicitude, requerendo as diligências complementares de prova que considerem convenientes – as quais podem, por decisão

Não se diga, portanto, que a aplicação dos princípios de processo penal ao processo contra-ordenacional se funda, única e exclusivamente, no disposto nos artigos 32.º e 41.º, n.º 1 do RGCO<sup>94</sup>, sendo certo que, no mínimo, estamos perante direito sancionatório de carácter punitivo<sup>95</sup>.

Por tudo quanto vai dito, parece-nos que dúvidas não restam de que, “[a]tento o quadro substantivo e adjetivo do processo sancionatório previsto na Lei n.º 19/2012, incluindo as severas sanções pecuniárias previstas no quadro normativo, para as infracções aos arts. 8.º, 11.º e 12.º, e ainda que este seja qualificado pelo legislador nacional formalmente como um processo contra-ordenacional, parece-nos que existem bons argumentos para qualificar este processo como tendo uma natureza «penal» para efeitos dos arts. 6.º e 7.º da CEDH (...)”<sup>96</sup>.

Na verdade, o Direito da Concorrência prevê, amiúde, pesadíssimas coimas para a violação dos seus normativos, as quais podem equivaler – e em muitos casos equivalem efectivamente – a 10% do volume de negócios realizado pela visada no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência<sup>97</sup>.

---

fundamentada, ser rejeitadas pela Autoridade – e, eventualmente, requerer a realização de uma audição oral (cf. artigo 26.º). Finda a fase de instrução, a Autoridade profere uma das decisões previstas no artigo 29.º, n.º 3 da Lei da Concorrência. Não se conformando com a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência, pode o visado impugnar judicialmente aquela decisão, interpondo recurso judicial para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nos termos previstos nos artigos 83.º e seguintes da Lei da Concorrência. Caso o visado opte por não impugnar judicialmente a decisão, temos que a mesma transita em julgado, assim se cristalizando a circunstância de ter a Autoridade da Concorrência investigado, acusado e condenado. Neste sentido, *vide*, por exemplo, BAUMANN, Jürgen – *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*, Trad. Conrado A. Finzi, 3.ª Edição, Buenos Aires: Depalma, 1986, pp. 48 e ss. e DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações* (...), *op. cit.*, pp. 187 e ss.

<sup>94</sup> Subsidiariamente aplicável ao processo instaurado em virtude do cometimento de contra-ordenação prevista na Lei da Concorrência, por via do artigo 13.º, n.º 1 daquele diploma.

<sup>95</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo – “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” (...), *op. cit.*, p. 28.

<sup>96</sup> MONIZ, Carlos Botelho, *et al.* – *Lei da Concorrência Anotada* (...), *op. cit.*, p. 653 e jurisprudência do TEDH já citada.

<sup>97</sup> Quanto ao momento relevante para a determinação do volume de negócios que servirá de base à posterior determinação do montante da coima a aplicar no caso concreto, não pode deixar



Ora, se nos casos em que se trata de um só ente a coima já poderá atingir valores astronómicos, imagine-se nos casos em que se faz operar a presunção de influência decisiva e, desse modo, se alarga o espectro do volume de negócios relevante para efeitos de determinação do montante concreto de coima a aplicar, o qual passa a ser não só o da sociedade-filha, que efectivamente praticou a contra-ordenação, mas, bem assim, o da sociedade-mãe.

Ora, se, em nosso entender e pelas razões já *supra* aduzidas, as garantias e os princípios do processo penal se aplicam, regra geral, aos processos contra-ordenacionais, então, no caso de contra-ordenações consideradas graves ou muito graves, tal aplicação reveste-se ainda de maior importância, revelando-se, neste âmbito, absolutamente indispensável.

Saliente-se ainda que, na perspectiva das consequências jurídicas, para além da coima propriamente dita, também a Autoridade da Concorrência tem a faculdade de

---

de se chamar a atenção para a, no mínimo, falta de razoabilidade, do critério legal adoptado no artigo 69.º, n.º 2 da Lei da Concorrência. Em bom rigor, a questão não é nova e já havia sido discutida no âmbito da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho (anterior regime jurídico da concorrência, revogado pela Lei da Concorrência), a qual nada dizia quanto ao referente temporal que permitiria encontrar, nos termos legais, o volume de negócios elegível para efeitos de determinação da coima. Ora, colocando-se a questão de saber se a lei revogada pretendia referir-se ao volume de negócios da visada no momento da prática do facto ou no momento imediatamente anterior àquele em que é proferida a decisão administrativa pela Autoridade da Concorrência, veio a jurisprudência decidir que aquele primeiro devia ser o momento relevante, não este último (opinião consonante com a vertida, por exemplo, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2011). Contudo, com a entrada em vigor da Lei da Concorrência, o legislador optou, à revelia de toda a *rationae* expendida em vários Acórdãos dos tribunais superiores, por eleger o momento imediatamente anterior ao momento em que é proferida a decisão administrativa como momento relevante. Tal, contudo, tem vindo a merecer – a nosso ver com a maior das acuidades – as mais fustigantes críticas, as quais, em suma, têm que ver com a possibilidade que se confere à autoridade administrativa para “escolher” – adiar em grande parte dos casos – o ano em que profere a decisão final no processo administrativo, por forma a que a coima a aplicar e, consequentemente, a receita da Autoridade, possa vir a ser incrementada em virtude de um melhor resultado global anual da visada. Ainda que tal faculdade não venha a ser utilizada pela Autoridade da Concorrência, o seu potencial arbítrio está consagrado na lei, sem que se consiga vislumbrar qual a razão de ser de tal opção, em detrimento daqueloutra.

aplicar verdadeiras sanções acessórias<sup>98</sup> que em tudo se assemelham às penas acessórias previstas no Código Penal (doravante, “CP”).

Tal circunstância não pode deixar de reforçar a necessidade de aplicação, ao processo contra-ordenacional, daquelas garantias e princípios<sup>99</sup>.

Face a tudo quanto antecede, parece-nos que se pode concluir, com elevado grau de conforto, que, pelo menos em parte, o processo contra-ordenacional é conformado por princípios que, em tempos, eram exclusivos do direito penal adjectivo *stricto sensu*, sendo que tais princípios servem não apenas o propósito de salvaguardar a posição do visado – que em muito se assemelha à do arguido em processo penal – mas também, no mesmo nível de importância, o propósito de circunscrever a actividade punitiva das entidades reguladoras independentes a determinados limites que garantem a salubridade de tal actividade sancionatória.

Muito embora, como constataremos mais à frente, o problema de que ora tratamos ainda não se tenha colocado verdadeiramente nos nossos tribunais, entendemos que tal não lhe retira a relevância que o mesmo assume, uma vez que, como vimos, o conceito de empresa adoptado no artigo 3.º da Lei da Concorrência corresponde, na íntegra, ao conceito de empresa para efeitos de direito da concorrência da União Europeia, razão pela qual, está à disposição da Autoridade da Concorrência a adopção da presunção de influência determinante para efeitos de responsabilização da sociedade dominante.

---

<sup>98</sup> Tais como, a publicação, a expensas da visada, da decisão condenatória, a “[p]rivação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços ou ainda em procedimentos destinados à atribuição de licenças ou alvarás, desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante” (cf. artigo 71.º da Lei da Concorrência).

<sup>99</sup> BRANDÃO, Nuno – “Sistema Contra-ordenacional a diferentes velocidades” (...), *op. cit.*, p. 279, onde se pode ler que “(...) o valor das coimas cominadas para tais infracções foi em muitos casos fixado em níveis astronómicos, prevendo-se ainda, em regra, sanções acessórias severamente restritivas de direitos profissionais ou de actividade económica”.

Quando falamos aqui de ilícitos de mera ordenação social, referimo-nos, no essencial – como se depreende – ao ordenamento jurídico nacional. Contudo, sem prejuízo da reconhecida especificidade do direito da concorrência da União Europeia e da sua autonomia relativamente ao direito interno dos Estados-membros, parece-nos que muitas das considerações que fomos tecendo ao longo do presente capítulo, assentam também no domínio daquele direito da concorrência, pelo menos no que diz respeito à gravidade das sanções, cuja aplicação se deverá guiar, sem dúvida, por princípios que tutelem os mais elementares direitos dos visados em processos sancionatórios instaurados pela Comissão, tutela que se deve garantir na sua máxima extensão.

Aliás, como já salientámos, o TEDH tem vindo a analisar casos eminentemente concorrenciais à luz do artigo 6.º da CEDH, o qual consagra o direito a um processo equitativo, *lato sensu*, e nos termos do qual, entre outros, “*qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*” – reconhecendo-se, como não podia deixar de ser, o carácter de princípio geral de direito internacional que aquele princípio assume<sup>100</sup>. Tal circunstância não poderá senão considerar-se um forte indício da vigência de determinados princípios também no âmbito do direito da concorrência, *lato sensu*, o que abrangerá, necessariamente, o direito da concorrência da União Europeia<sup>101</sup>.

Concluímos assim que, no que toca aos processos instaurados por práticas restritivas da concorrência e que corram seus termos na Autoridade da Concorrência ou na Comissão Europeia, se aplicam, sem grande margem para dúvidas, os princípios e garantias típicos do processo penal, mormente – no que aqui releva –, todas as garantias inerentes ao princípio da presunção de inocência.

---

<sup>100</sup> Neste sentido, cf. VILELA, Alexandra – *Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 20.

<sup>101</sup> Em sentido oposto, *vide* BRAVO, Teresa – “A responsabilidade das sociedades-mãe e das filiais em direito europeu da concorrência: análise crítica da jurisprudência *Azko Nobel*” (...), *op. cit.*, pp. 653 e ss.

### III. Breve análise da prática decisória

#### 1. Decisões da União Europeia

Considerando que a presunção de influência determinante tem origem jurisprudencial, surge com especial interesse para o nosso caso a vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), verdadeiro berço daquela presunção.

Para além de nela encontrarmos a génese da presunção de influência determinante, na jurisprudência comunitária encontramos também a, ainda que lenta, evolução histórica da mesma e, em nossa opinião mais importante, os argumentos que são invocados no sentido da sua inadmissibilidade e, a título subsidiário, os avançados para afastar a sua aplicação no caso concreto.

Assim, no presente capítulo, procederemos a uma, ainda que breve, análise dos Acórdãos do TJUE<sup>102</sup> – que conhece de recursos interpostos de decisões do Tribunal Geral, o qual, por sua vez, conhece dos recursos interpostos das decisões da Comissão Europeia, que, por um lado, foram sedimentando a jurisprudência de que ora tratamos e que, por outro lado, suscitam também questões laterais à questão de base da presente exposição.

Ora, a ideia segundo a qual se admite, sem prejuízo da clara separação jurídica entre duas entidades, a imputação à sociedade dominante de uma determinada conduta da dominada quando esta última não possui autonomia real na determinação da sua conduta no mercado, é uma ideia longínqua no tempo e remonta, pelo menos, a 1972<sup>103</sup>, ano em que surge, ainda a medo, pela pena do Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, no qual se decidiu que “[o] *facto de uma subsidiária possuir*

---

<sup>102</sup> E, bem assim, do seu antepassado na vigência do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, o Tribunal de Justiça, que conhecia dos recursos interpostos do Tribunal de Primeira Instância, o qual, por seu turno, conhecia dos recursos interpostos das decisões da Comissão das Comunidades Europeias.

<sup>103</sup> J. R. Geigy AG contra Comissão da Comunidades Europeias, C-52/69, ECLI:EU:C:1972:73, n.º 44.

*personalidade jurídica separada não é suficiente para excluir a possibilidade de imputar a sua conduta à sociedade-mãe. Tal pode ser o caso, em especial, quando a subsidiária, embora tenha personalidade jurídica distinta, não decide de forma independente sobre o seu próprio comportamento no mercado, mas cumpre, em todos os aspectos materiais, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe. (...) De harmonia com a unidade de grupo assim formada, as acções das subsidiárias podem, em determinadas circunstâncias, ser atribuídas à sociedade-mãe*”<sup>104</sup>.

Tal ideia surge, como se vê, absolutamente desacompanhada de qualquer espécie de presunção de influência decisiva baseada na percentagem de capital social detida pela sociedade-mãe.

Em bom rigor, aquele entendimento poderá não causar – muita – estranheza se pensarmos nos casos limite em que, de facto, muitas subsidiárias são uma espécie de *longa manus* da sociedade-mãe, representando formalmente esta última num determinado território, mas vazias de conteúdo. No fundo, nestes casos, os meios materiais e humanos são partilhados, na totalidade, entre ambas e pertencem à dominante. A única diferença que entre elas pode existir é uma diferença *de direito*, que não *de facto*.

Nestes casos, poderia fazer sentido responsabilizar a sociedade-mãe que é quem, na pureza dos conceitos, comete o ilícito jusconcorrencial, ainda que por via da instrumentalização da sociedade-filha.

Ainda assim, não poderia dispensar-se que, quanto à sociedade-mãe, se verificassem, exaustivamente, todos os pressupostos da respectiva punição.

---

<sup>104</sup> No mesmo sentido e quanto à mesma factualidade, também o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, Imperial Chemical Industries Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias, C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70, n.ºs 131 e ss., onde se traduz a seguinte expressão – comum a ambos os arestos: “[t]he fact that a subsidiary has separate legal personality is not sufficient to exclude the possibility of imputing its conduct to the parent company. Such may be the case in particular where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company. (...) In view of the unit of the group thus formed, the actions of the subsidiaries may in certain circumstances be attributed to the parent company”.

Com efeito, aquela comunhão de recursos teria que ser demonstrada. Interessaria, portanto, na falta de uma qualquer presunção, demonstrar o efectivo exercício, sobre a sociedade-filha, de influência determinante, em medida tal que a liberdade de determinação da conduta no mercado desta última fosse de tal forma cerceada que não houvesse como não concluir que era a sociedade-mãe a responsável, *de facto*, por aquela conduta.

Queremos com isto também dizer que, nem na sua formulação mais primária – menos duvidosa –, a responsabilização da sociedade-mãe pelas condutas da sociedade-filha é isenta de críticas.

A responsabilidade penal e contra-ordenacional própria das pessoas colectivas<sup>105</sup> – é bom de ver –, muito embora seja, nos dias de hoje, uma realidade comum à maioria dos ordenamentos jurídicos da União Europeia<sup>106</sup>, conta uma história de resistência no que toca à sua consagração<sup>107</sup> – resistência que se reduz, em termos muito simplórios,

---

<sup>105</sup> Não devendo esquecer-se que esta última é a primeira a surgir e é a sua construção que, de certo modo, impulsiona a aceitação da responsabilidade penal das pessoas colectivas, como afirma COSTA, José de Faria – *Direito Penal (...)*, op. cit., pp. 41 e 42.

<sup>106</sup> Pois que, com JOSÉ DE FARIA COSTA, “(...) *poderá dizer-se que a empresa foi «descoberta» pelo direito penal e pela criminologia como um centro susceptível de gerar ou favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social. A empresa passou a ser um centro, em redor do qual se podem conceber diferenciadas actividades ilícitas. Assim, podemos recortar vários tipos de criminalidade económica: a) uma criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois, na própria empresa; b) a criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa; c) a criminalidade levada a cabo por pessoas da empresa contra outros membros da empresa, e, finalmente, d) a criminalidade que se projecta a partir da empresa*” (in “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Outubro-Dezembro 1992, Ano 2, N.º 4, p. 543).

<sup>107</sup> Para mais desenvolvimentos, vide, TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado”, *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coord. Juan-Luis Gómez Colomer e José-Luis González, Cussac, Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: Servei de Publicacions, Disputació de Castelló, pp. 36 e ss.; BRAVO, Teresa – “A responsabilidade das sociedades-mãe e das filiais em direito europeu da concorrência: análise crítica da jurisprudência *Azko Nobel*” (...), op. cit., p. 627, A. que afirma que “[a] transformação da pessoa colectiva num centro de imputação de direitos e deveres foi, todavia, a resposta do universo jurídico às necessidades impostas pela industrialização e pela assunção de comportamentos delituosos praticados pelos sujeitos económicos com reais custos para a economia, a vida política e para a segurança dos estados. Foi a emergência de uma

ao brocardo *societas delinquere non potest* e aos seus corolários de incapacidade de acção e incapacidade de culpa<sup>108/109/110</sup>.

Ao longo do tempo, foram-se desenhando, em termos muito genéricos, dois modelos de imputação da responsabilidade penal à pessoa colectiva: o modelo da

---

*criminalidade particular, ligada ao poder das corporações que acabou por criar uma dinâmica legislativa no sentido de imputar e responsabilizar as pessoas colectivas pelos delitos cometidos, transformando, por essa via, os cânones da dogmática penalista. O combate à criminalidade empresarial conduziu à transformação dos modelos tradicionais de imputação de comportamentos delitivos e à renovação dos conceitos e das categorias da dogmática penalista, abrindo novas frente de discussão quanto aos modelos a adotar para garantir uma eficaz punição desses delitos. Essa renovação dos cânones tradicionais da dogmática prende-se, fundamentalmente, com a superação do paradigma da culpa e da individualidade das penas, enquanto fundamento e pressupostos da aplicação do direito penal”.*

<sup>108</sup> Com acuidade, COSTA, José de Faria – *Direito Penal (...)*, op. cit., pp. 262, onde o A. afirma que “[o] principal ataque dogmático à punibilidade das pessoas colectivas residia na manifesta incapacidade destas em suportarem um juízo de censura ética (um juízo de culpa) ou até, de forma talvez mais radical, de serem insusceptíveis de uma verdadeira capacidade de agir. Um primeiro eixo de construção dogmática da responsabilidade das pessoas colectivas foi lançada por Figueiredo Dias. Partindo do arrimo da necessidade, e concluindo pela alta conveniência político-criminal desta responsabilização, Figueiredo Dias estabelece uma analogia material entre a culpa individual e a responsabilidade por culpa relativamente às pessoas colectivas, partindo de uma ideia de que as próprias organizações humano-sociais são «obras de liberdade»”. Vide, ainda, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral*, 2.<sup>a</sup> Edição, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 295-301.

<sup>109</sup> A propósito da culpa das pessoas colectivas no panorama legislativo actual, vide, BRITO, Teresa Quintela de – “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Anatomia do Crime*, Julho-Dezembro 2014, N.º 0, pp. 78 e ss., onde se pode ler o seguinte: “b. Esta visão material de culpa traduz um conceito de culpa aplicável a pessoas jurídicas. Na verdade, relativamente a estas pode e deve falar-se: [a] De um dever de desenvolvimento da sua actividade em conformidade com as exigências jurídico-penais; [b] Da expressão de um posicionamento de contrariedade ou indiferença (culpa dolosa), ou apenas de descuido ou leviandade (culpa negligente), face ao dever-ser jurídico-penal; e [c] De um posicionamento que se documenta no facto, logo por via da exigência que o mesmo tenha sido «cometido» em nome e no interesse colectivo (artigo 11.º/2 CP), contrariamente ao poder-dever da colectividade de se organizar, funcionar e vigiar de forma a evitar a prática do crime (artigo 11.º/6 CP). (...) Mas, esta circunstância não converte a culpa jurídico-penal do ente na mera expressão no facto de uma atitude de desconformidade organizativa e/ou «cultural» com a norma concretamente violada (culpa pelo «defeito de organização» ou pelo «défice de cultura empresarial»)”.

<sup>110</sup> Sobre alguns dos argumentos apresentados contra a consagração da responsabilidade penal das pessoas colectivas, v.g., ROCHA, Manuel António Lopes – “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – novas perspectivas”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, Vol. 1, pp. 438 e ss.

hetero-responsabilidade e o modelo da auto-responsabilidade – entre os quais parece ter mediado um sistema de culpa pela deficiente organização<sup>111</sup>.

Naquele primeiro, a responsabilização da pessoa colectiva dependeria da responsabilização dos seus representantes, numa verdadeira responsabilidade por facto alheio – significando, por exemplo e no limite, que a pessoa colectiva não poderia vir a ser responsabilizada caso não se conseguissem identificar os concretos agentes do crime, pessoas singulares. No segundo, por seu turno, a responsabilidade é própria do ente colectivo e tem por base uma ideia de culpa própria, em parte aliada à organização e à assunção de determinados riscos inerentes ao exercício da actividade económica. Assim, neste modelo, a responsabilização da pessoa colectiva não depende da responsabilização do ente individual, *rectius*, esta não surge como *conditio sine qua non* daquela.

Quanto ao modelo adoptado no nosso Código Penal, parece poder dizer-se que o mesmo adopta um modelo de responsabilidade do representante, devendo, contudo, distinguir-se, por um lado, o modelo de imputação ínsito no artigo 11.º, n.º 2, alínea a), nos termos da qual se admite a responsabilização das pessoas colectivas quanto a crimes cometidos “[e]m seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança”, e, por outro lado, o modelo de imputação ínsito na alínea b) do mesmo normativo, nos termos da qual se admite aquela responsabilização quando os crimes tenham sido cometidos “[p]or quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhe incumbem”.

Aquele primeiro, aproxima-se do modelo da hetero-responsabilidade, aferindo-se a responsabilidade da pessoa colectiva por referência ao disposto no artigo 11.º, n.º 4, que concretiza o conceito “posição de liderança”. Aquele segundo, por sua vez, parece aproximar-se do modelo da auto-responsabilidade, numa aparente tentativa de consagrar

---

<sup>111</sup> Com interesse, cf. MAGALHÃES, Tiago Coelho – “Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Janeiro-Dezembro 2015, Ano 25, N.ºs 1 a 4, pp. 165 e ss.



“(…) a culpa in vigilando de um dos seus líderes, como critério de imputação ao ente colectivo do facto penal cometido por subalterno”<sup>112</sup>.

De qualquer modo, pode entender-se, em qualquer caso, que o que se consagra no artigo 11.º, n.º 1 é a regra da responsabilidade individual – “[s]alvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal” – a qual se assume como corolário do princípio da culpa<sup>113</sup>.

Este modelo de imputação de responsabilidade à pessoa colectiva previsto no Código Penal reproduz-se – com algumas nuances e com excepção do modelo de imputação previsto no RGCO, como veremos mais adiante – na grande maioria dos regimes contra-ordenacionais que regem nos mais variados sectores económicos, sendo certo que, comum a todos eles, é o facto de a responsabilidade, penal ou contra-ordenacional, da pessoa colectiva depender da verificação de condições adicionais e especiais, em muito diferente da responsabilidade da pessoa singular.

Assim, em qualquer caso, quando se responsabilizam as pessoas colectivas, seja em que domínio for, aquelas condições adicionais e especiais devem ter-se por verificadas.

Queremos com isto dizer que a responsabilização da sociedade-mãe neste domínio não deve poder logra-se de forma simplória, ou seja, tento por base uma constatação formal, sem que consiga compreender a materialidade dessa responsabilização que, como veremos, em muito se afasta da regra que enunciámos.

---

<sup>112</sup> BRITO, Teresa Quintela de – “Responsabilidade criminal de entes colectivos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Janeiro-Março 2010, Ano 20, N.º 1, pp. 57 e ss., onde a A. considera, com AUGUSTO SILVA DIAS (in “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no Anteprojecto de Código do Consumidor”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, Vol. III, pp. 572-573), que “(…) a culpa in vigilando [é] uma categoria estranha à estrutura da responsabilidade criminal (...)”, de seguida propondo uma interpretação do normativo conforme à Constituição.

<sup>113</sup> Neste sentido, ROCHA, Manuel António Lopes – “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – novas perspectivas” (...), *op. cit.*, p. 433.

Regressando ao tema em análise, nos primeiros arestos comunitários encontramos – diríamos invariavelmente – a demonstração, por parte do Tribunal, do exercício daquela influência, exercício que tem que se demonstrar, com factos, ser efectivo, para que se possa vir a justificar a imputação à sociedade dominante de uma prática restritiva da concorrência levada a cabo pela dominada.

No caso *J. R. Geigy AG contra Comissão das Comunidades Europeias*<sup>114</sup>, por exemplo, considerou-se<sup>115</sup> que a Comissão das Comunidades Europeias havia demonstrado que a sociedade-mãe tinha emitido instruções expressas quanto aos preços a praticar e às condições de venda a aplicar na relação com o consumidor, instruções que foram seguidas pela subsidiária e que eram actos de execução de práticas concertadas, não tendo, portanto, bastado a constatação relativa à participação daquela no capital social da sociedade-filha para que se presumisse o exercício efectivo de influência, o qual foi, pelo contrário, demonstrado pela Comissão das Comunidades Europeias.

O relevo probatório que é, à luz desta concepção, conferido à detenção de participações sociais numa determinada sociedade não nos causa qualquer estranheza. Em bom rigor, concordamos que tal circunstância seja valorada no sentido de indiciar o exercício de uma influência determinante, posto que, contudo, não se assuma como única circunstância valorada e surja sempre a par de outras que a corroborem, que permitam superar a dúvida razoável e, consequentemente, permitam concluir que, de facto, a dominada não determina a sua política comercial de forma autónoma.

Com efeito, manter-se-ia, ainda que, de certo modo, aligeirado, o ónus da prova na esfera jurídica da entidade que acusa, saindo ileso o princípio fundamental da presunção de inocência.

---

<sup>114</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, *J. R. Geigy AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-52/69, ECLI:EU:C:1972:73.

<sup>115</sup> Cf. n.º 45 e ss.

Muitos afirmam<sup>116</sup>, em defesa da consagração da presunção, que, caso a Comissão se visse obrigada a carrear, para os autos, prova corroborante como aquela que se exemplifica no Acórdão *supra* citado, teria, a seu cargo, uma tarefa muito difícil – hercúlea, quicá – pois que, dessa perspectiva, é a visada que tem, na sua disponibilidade, a matéria probatória relevante para ilidir a presunção e que, consequentemente, a Comissão não teria, na sua disponibilidade, nada mais que a possibilidade de constatar a eventual participação de uma sociedade noutra.

Assim, nos termos daquele entendimento, faria muito mais sentido – comparativamente – exigir a prova de um facto negativo por parte da visada na medida em que a mesma conhece, melhor que ninguém, a realidade dos factos e, bem assim, a relação mantém com a sua subsidiária – possuindo prova das características dessa relação –, do que, em alternativa, exigir a prova de um facto positivo por parte da Comissão, entidade que tem a incumbência de investigar, acusar e, por conseguinte, apresentar prova cabal daquilo que alega.

Tal entendimento, contudo, não se pode admitir. Não só pende sobre a Comissão, de harmonia com o artigo 2.º do Regulamento, o ónus de prova relativamente aos factos que alega, como, não pode tomar-se como certo que a Comissão simplesmente não tenha acesso à matéria probatória que permite sustentar o que alega, pois que tal não corresponde à realidade.

A sobredita argumentação fica ainda mais prejudicada quando, nos termos do considerando 23 do Regulamento<sup>117</sup>, “[a] Comissão deverá dispor, em todo o território da Comunidade, de poderes para exigir as informações necessárias para detectar eventuais acordos, decisões ou práticas concertadas proibidas pelo artigo 81.º do Tratado, ou eventuais abusos de posição dominante proibidos pelo artigo 82.º do Tratado. Ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exhibir documentos, mesmo

---

<sup>116</sup> V.g., Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 3 de Maio de 2012, *Legris Industries SA contra Comissão Europeia*, C-289/11 P, ECLI:EU:C:2012:270, n.º 53.

<sup>117</sup> E, de forma mais exaustiva, no artigo 18.º, sob a epígrafe “*pedido de informações*”.

que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infracção” (sublinhado nosso).

Acrescentando-se, ainda, no considerando 24 do Regulamento, que “[a] Comissão deverá igualmente dispor de poderes para realizar as inspecções necessárias para detectar os acordos, decisões e práticas concertadas proibidas pelo artigo 81.º do Tratado, bem como a exploração abusiva de uma posição dominante proibida pelo artigo 82.º do Tratado. As autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência deverão colaborar de forma activa no exercício destes poderes”, sendo que “[a]s empresas e associações de empresas são obrigadas a sujeitar-se às inspecções que a Comissão tenha ordenado mediante decisão” (cf. artigo 20.º, n.º 4, primeira parte, do Regulamento).

Por fim, note-se ainda que, caso as empresas ou associações de empresas forneçam informações inexactas, incompletas, deturpadas ou não as apresentem de todo, a Comissão pode decidir aplicar coimas até 1% do volume de negócios total realizado durante o exercício precedente<sup>118</sup>, podendo ainda aplicar sanções pecuniárias compulsórias até 5% do volume de negócio diário médio realizado durante o exercício precedente, por cada dia de atraso por forma a compelir as empresas ou associações de empresas a fornecer, de maneira completa e exacta, as informações que lhes tenham sido solicitadas pela Comissão<sup>119</sup>.

Face ao que antecede, não pode senão concluir-se que o argumento da impossibilidade de acesso, por parte da Comissão, aos meios de prova de que necessita para provar que a sociedade dominante exerceu, efectivamente, uma influência decisiva sobre a dominada, é completamente desprovido de fundamento, pois que a Comissão tem à sua disposição, todos os mecanismos para ter acesso aos elementos probatórios de que depende a verificação (ou não) daquilo que a mesma alega para sustentar a

---

<sup>118</sup> Nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 23.º, n.º 1 do Regulamento.

<sup>119</sup> Cf. artigo 24.º, n.º 1, alíneas d) e e) do Regulamento, respectivamente.

responsabilização daquela primeira, mormente, através do dever de colaboração que impende sobre as entidades investigadas<sup>120/121</sup>.

Dever-se-ia, deste modo – à luz dos poderes que são conferidos àquelas entidades –, ter mantido aquela jurisprudência que obrigava, a par da constatação da detenção de determinada percentagem de participações sociais, à apresentação de prova complementar e corroborante do exercício efectivo de influência decisiva.

Não obstante, no caso *Illegemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comissão das Comunidades Europeias*<sup>122</sup>, parece-nos ter sido dado o primeiro

---

<sup>120</sup> O mesmo se diga quanto aos poderes da Autoridade da Concorrência, a qual pode, cumprindo determinados requisitos, “(...) solicitar, por escrito, documentos e outras informações a empresas ou quaisquer outras pessoas, singulares ou colectivas (...)” (artigo 15.º da Lei da Concorrência), podendo inclusive, como já referimos, realizar inquirições, buscas – inclusive, domiciliárias – e apreensões (artigos 18.º, 19.º e 20.º da Lei da Concorrência), tudo sob pena de aplicação de coimas nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alíneas h) a j) do mesmo diploma. Tais poderes são ainda, em geral, reforçados pelo disposto no artigo 8.º dos Estatutos da Autoridade, o qual estatui uma obrigação de colaboração que se consubstancia no seguinte: “Os representantes legais das empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da AdC e as pessoas que colaborem com aquelas estão obrigadas a prestar toda a colaboração que lhes seja solicitada pela AdC para o cabal desempenho das suas atribuições, nos termos do regime jurídico da concorrência, da lei-quadro das entidades reguladoras, e dos presentes estatutos”.

<sup>121</sup> A propósito deste dever de colaboração, é de notar que o mesmo tem vindo a ser contestado, não só pelas pessoas colectivas e singulares sobre as quais o mesmo impende, como pela própria doutrina, que questiona – muito embora, conceda na necessidade de se preverem aqueles deveres – a sua compatibilização com a prerrogativa de não auto-incriminação, *rectius*, com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (v.g., ROXIN, Claus – *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Trad. Óscar Peralta, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, pp. 88 e ss. e 163 e ss.). Em geral, parece poder-se dizer que o processo sancionatório por práticas restritivas se tenta afastar, “(...) em muitos aspectos, das garantias de defesa do processo penal e do processo de mera ordenação social. Uma eventual diminuição das garantias de defesa justifica-se em função da existência de um dever de colaboração das empresas com a AdC. Mas fica salvaguardado um aspecto essencial da prerrogativa de não auto-incriminação, a saber: a empresa, ou pessoa, sob investigação tem o direito de não dar respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção em causa, cuja prova cabe à AdC” (MENDES, Paulo de Sousa – “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, *Julgar*, 2009, N.º 9, p. 28). Para mais considerações acerca deste tema, cf. também DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa – *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, Julho de 2009, pp. 68 e ss.

passo para a desnecessidade de provar o exercício efectivo de influência decisiva, numa espécie de antecâmara da sedimentação jurisprudencial da respectiva presunção.

Neste caso, estava em causa a imputação à AEG, sociedade dominante, da conduta levada a cabo por três subsidiárias, a Telefunken Fernseh – und Rundfunk – GmbH (TFR), a France AEG-Telefunken SA (ATF) e a AEG-Telefunken SA Belge (ATBG), as quais haviam participado em práticas restritivas da concorrência.

O Tribunal entendeu que, muito embora a AEG não tivesse colocado em causa a possibilidade teórica de exercer influência decisiva sobre as suas subsidiárias, havia ainda que tecer algumas palavras quanto à efectividade dessa influência no caso concreto<sup>123</sup>.

Quanto à TRF, contudo, considerou que tal análise seria desnecessária, porquanto esta era uma subsidiária detida a 100% pela AEG, o que, nas palavras do TJUE, significava que aquela seguia, necessariamente, a política determinada pela AEG, pois que os órgãos sociais que determinam tal política eram comuns a ambas.

Quanto à ATF, por seu turno, a referida influência podia inferir-se de um memorandum interno da ATF que fazia referência à política comercial da Telefunken, entendendo-se tal referência como feita à política unitária definida pela AEG, que tinha esse poder relativamente às subsidiárias responsáveis pela distribuição dos produtos Telefunken.

Por fim, quanto à ATBG, constatando-se que a mesma, de forma directa ou indirecta, reportava à TFR – sendo que esta também se imiscuía na actividade daquela – concluiu-se que dúvidas não havia quanto ao facto de aquela não determinar, de forma autónoma, a sua política de mercado.

Da leitura deste aresto podemos concluir que, muito embora já se assuma, em pleno, a presunção nos casos em que a subsidiária é detida a 100% pela sociedade-mãe,

---

<sup>122</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1983, *Ilgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293.

<sup>123</sup> Cf. n.º 50 do Acórdão.

o Tribunal, quanto às subsidiárias que não se encontravam numa relação de domínio total com a AEG, teve a preocupação de encontrar outros fundamentos de facto para justificar a imputação da responsabilidade a esta última – muito embora, em nosso entender, nos pareça que aqueles argumentos não são suficientes para a superação da dúvida razoável quanto ao exercício de influência da AEG sobre aquelas sociedades dominadas.

Uns anos mais tarde veio o Tribunal de Justiça proferir o Acórdão *Stora contra Comissão das Comunidades Europeias*<sup>124</sup>, o qual, em nossa opinião, acaba por verdadeiramente sustentar a posterior evolução da jurisprudência da atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe.

A recorrente, Stora, era proprietária da Kopparfors, um dos maiores produtores europeus de cartão, quando adquiriu, em 1990, o grupo de papel alemão Feldmühle-Nobel, que incluía a empresa de cartão Feldmühle, a qual, por sua vez, detinha já as Papeteries Béghin-Corbehem (CBC).

Na sua decisão, a Comissão das Comunidades Europeias considerou que as referidas subsidiárias haviam participado num cartel e que a Stora devia, também ela, ser responsável pelas infracções ao direito da concorrência.

Inconformada com a decisão da Comissão das Comunidades Europeias, a Stora recorreu para o Tribunal de Primeira Instância alegando não só que não controlou de modo efectivo a política comercial das três sociedades em causa, como contestando, igualmente, a legalidade da presunção de capital.

A tais alegações, respondeu o Tribunal de Primeira Instância, em suma, que a circunstância de a subsidiária ter personalidade jurídica distinta da dominante não basta para afastar a possibilidade de imputar responsabilidade a esta última, nomeadamente, quando aquela primeira não determina a sua conduta no mercado de forma autónoma, aplicando, no essencial, instruções que lhe são dirigidas pela sociedade-mãe.

---

<sup>124</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-286/98 P, ECLI:EU:C:2000:630.

Ora, quanto à imputação da responsabilidade por práticas levadas a cabo pela Kopparfors, considerando que a recorrente não apresentou qualquer elemento de prova que servisse para contestar a influência que, em virtude da presunção de capital, exerceria sobre esta última, não podia deixar de se concluir que a sociedade dominada seguia uma política traçada pela dominante.

Quanto às restantes sociedades dominadas, é de notar que as mesmas foram adquiridas pela recorrente em momento posterior ao do início da infracção em que participavam em conjunto com a Kopparfors e que, portanto, a recorrente, sociedade dominante, Stora, não podia não conhecer tal facto, porquanto, considerando-se, num primeiro momento, que instruía a Kopparfors quanto à política comercial a adoptar, certamente teria conhecimento da infracção em que esta participava e, por conseguinte, conhecia os restantes intervenientes do cartel. Assim, quando adquiriu aquelas infractoras que passaram a ser suas subsidiárias, conhecia a conduta das mesmas no mercado relevante.

Considerou assim o Tribunal que a imputação à Stora era admissível não só no período subsequente à aquisição, como no período precedente.

No parecer do Tribunal, tal *“conclusão é confortada pelo comportamento adoptado pela recorrente durante o procedimento administrativo, no qual se apresentou, no que se refere às sociedades do grupo Stora, como o único interlocutor da Comissão relativamente à infracção em causa”*<sup>125</sup>.

No seu recurso para o TJUE, a Stora alegou, por um lado, que as infracções cometidas pela Kopparfors não lhe deviam ter sido imputadas uma vez que a Comissão não logrou demonstrar o exercício efectivo de influência sobre a política comercial e, por outro lado, que as infracções cometidas pela Feldmühle e pela CBC, antes e depois da aquisição, também não lhe podiam ser imputadas com base nos argumentos de que a adquirente não podia desconhecer tais condutas e, posteriormente, nada fez para as fazer cessar.

---

<sup>125</sup> Cf. n.º 85 do Acórdão.



Quanto ao primeiro argumento, o Tribunal de recurso observa que o Tribunal *a quo* não se baseou apenas na detenção do capital social a 100%, mas “*acrescentou que a recorrente não tinha contestado «que ela podia influenciar de modo determinante a política comercial da Kopparfors» e que, em todo o caso, a recorrente «não invocou nenhum elemento de prova susceptível de confirmar as suas afirmações» quanto à autonomia do comportamento da sua filial*”.

Quanto ao segundo argumento, o TJUE dá razão à recorrente e conclui que “[a] circunstância de a recorrente não poder ignorar, ao longo desse período, a participação daquelas empresas no cartel, uma vez que ela própria nele participou desde Janeiro de 1987, por intermédio da sua filial Kopparfors, não pode ser suficiente, como justamente sublinhou o advogado-geral no n.º 80 das suas conclusões<sup>126</sup>, para lhe imputar a responsabilidade pelas infracções cometidas por estas sociedades anteriormente à sua aquisição”.

Este Acórdão do TJUE, pela importância que teve na consagração da presunção – surgindo com ele a sua legitimação jurisprudencial –, veio a enformar uma corrente jurisprudencial quase unânime que ainda hoje se mantém, ainda que com algumas evoluções.

Contudo, em momentos posteriores, os recorrentes tentaram junto das instâncias europeias, sem sucesso, fazer uso daquela jurisprudência para sustentar que uma participação a 100% numa subsidiária não é, *de per si*, suficiente para imputar a responsabilidade à sociedade-mãe à luz das regras aplicáveis aos acordos, decisões e práticas concertadas, sendo que a Comissão deveria demonstrar, através de outros meios

---

<sup>126</sup> Onde se pode ler o seguinte: “Mas, uma vez que já foi necessário recorrer a toda uma argumentação para constatar a sua responsabilidade pelo facto da participação da sua filial a 100% Kopparfors, não posso conceber que o simples facto de que não podia ignorar que a Feldmühle e a CBC tinham igualmente participado possa ser suficiente para lhe imputar a responsabilidade das infracções cometidas por essas empresas anteriormente à sua aquisição”.

de prova, que a dominante também exerceu efectivamente influência sobre a dominada<sup>127</sup>.

Os recorrentes interpretavam assim aquele Acórdão no sentido de que a sua fundamentação para a atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe, a qual não se ficava pela constatação da percentagem de detenção de participações sociais, significava que a Comissão estaria obrigada a apresentar, em qualquer caso, prova corroborante do exercício efectivo de influência decisiva<sup>128</sup>. Invariavelmente, contudo, as instâncias europeias não deram qualquer razão a este argumento, considerando que, no caso *Stora*, o Tribunal valorou, de facto, outros meios de prova, mas que isso não significava que a detenção da totalidade ou quase totalidade do capital social não fosse suficiente para fazer operar a presunção.

Dúvidas houvesse acerca da consagração jurisprudencial da presunção e as mesmas se dissipariam com a prolação do Acórdão *Akzo Nobel contra Comissão das*

---

<sup>127</sup> V.g., Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 27 de Setembro de 2006, *Coöperatieve Verkoop – en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA contra Comissão das Comunidades Europeias*, T-314/01, ECLI:EU:T:2006:266, n.º 136, Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 20 de Janeiro de 2011, *General Química SA e Outros contra Comissão Europeia*, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, n.º 41, Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 29 de Março de 2011, *ArcelorMittal Luxembourg SA e Outras contra Comissão Europeia*, Case C-201/09 P e C-216/09 P, ECLI:EU:C:2011:190, n.º 99 e Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) de 15 de Setembro de 2005, *DaimlerChrysler AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, n.º 171. Neste Acórdão, é de notar que o Tribunal também reconhece validade ao argumento segundo o qual a presunção sai reforçada caso tenha existido, no procedimento administrativo perante a Comissão, um único interlocutor, muito embora fossem visadas várias pessoas colectivas (cf. n.º 221).

<sup>128</sup> Neste sentido e em direcção oposta à jurisprudência dominante, *vide*, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) de 26 de Abril de 2007, *Bolloré SA contra Comissão das Comunidades Europeias*, T-109/02, ECLI:EU:T:2007:115, n.º 132, onde se pode ler que “(...) o elemento relativo à detenção da totalidade do capital da filial, embora constitua um indício forte de que a sociedade-mãe detém um poder de influência determinante no comportamento da filial no mercado, não basta, só por si, para permitir imputar a responsabilidade do comportamento da filial à sociedade-mãe(...). Continua a ser necessário um elemento adicional em relação à taxa de participação, mas pode ser constituído por indícios. Esse elemento adicional não tem forçosamente de residir na prova de instruções efectivamente dadas pela sociedade-mãe à filial para que esta participe no cartel”.

*Comunidades Europeias*<sup>129</sup> – sem sombra de dúvida o mais referido quanto a esta matéria.

Naquele caso, eram recorrentes cinco pessoas colectivas pertencentes ao Grupo Akzo Nobel, sendo que, ao longo do período abrangido pela investigação, a sociedade-mãe detinha, directa ou indirectamente, a totalidade do capital social das restantes recorrentes, suas subsidiárias.

Com efeito, detinha a totalidade do capital social da Akzo Nobel Nederland (ANN) e da Akzo Nobel Chemicals International (ANCI), a qual detinha, por sua vez, a totalidade do capital da Akzo Nobel Chemicals (ANC), que, por seu turno, detinha a totalidade das participações da Akzo Nobel Functional Chemicals (ANFC).

No termo da investigação, a Comissão decidiu dirigir a decisão condenatória, conjunta e solidariamente, a todas as sociedades do grupo *supra* referidas, considerando, contudo, que apenas a ANN, a ANCI e a ANC, participaram directamente na infracção<sup>130</sup>.

Atento o facto de a Comissão ter considerado que as subsidiárias não tinham autonomia comercial e que a Akzo Nobel sobre elas exercia uma influência determinante, por efeito da distribuição de participações sociais no grupo, veio a Akzo Nobel alegar, em sede de recurso, que a influência determinante devia dizer respeito à política comercial *stricto sensu*, pelo que à Comissão caberia a prova não só da possibilidade de exercício de influência naquela política como, bem assim, o efectivo exercício dessa influência, não se podendo bastar com uma mera possibilidade teórica não comprovada.

Alegava assim que a presunção só operará se, a par da detenção da totalidade do capital social, outros elementos carreados para os autos intercedam no sentido de que foi efectivamente exercida uma influência decisiva.

---

<sup>129</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Setembro de 2009, Akzo Nobel NV e Outros contra Comissão das Comunidades Europeias, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536.

<sup>130</sup> A ANFC foi incorporada, como subsidiária da ANC, em 1999, pelo que a Comissão considerou que aquela era a sucessora legal desta e que, por essa razão, deveria também ser destinatária da decisão.

Contudo, o TJUE considerou que, “(...) *uma vez que a Comissão não estava obrigada, no que respeita à imputabilidade da infracção, a apresentar, na fase da comunicação das acusações, outros elementos para além da prova referente à detenção pela sociedade-mãe do capital social das suas filiais, o argumento das recorrentes relativo à violação dos direitos de defesa não pode ser acolhido*”<sup>131/132</sup>.

Por fim, com relevo para o nosso caso, o Tribunal também considerou que, para determinar o grau de autonomia da dominada no mercado, importa ter em consideração “(...) *todos os elementos pertinentes relativos aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essa filial à sociedade-mãe, que podem variar de caso para caso e que, como tal, não podem ser objecto de uma enumeração exaustiva*”<sup>133</sup> (destaque nosso).

Com esta argumentação, o Tribunal parece desvincular-se, ainda que de forma indirecta, da tarefa de exemplificar, em concreto, que elementos podem ser apresentados pelas partes para ilidir a presunção, escudando-se em formulações genéricas e justificando-se na dificuldade de tal tarefa – dificuldade que, em bom rigor, deveria também aproveitar às sociedades dominantes, o que, não obstante, não acontece, exigindo-se das mesmas uma espécie de exercício de adivinhação de elementos probatórios potencialmente relevantes.

---

<sup>131</sup> Cf. n.º 64 do Acórdão.

<sup>132</sup> Também neste sentido, *vide*, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Março de 2011, ArcelorMittal Luxembourg SA contra Comissão Europeia, C-201/09 P, ECLI:EU:C:2011:190, onde se pode ler que “(...) *basta que a Comissão prove que a totalidade do capital de uma filial é detida pela sua sociedade-mãe para se presumir que esta exerce uma influência decisiva na política comercial da filial. A Comissão pode, em seguida, considerar que a sociedade-mãe é solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua filial, a menos que essa sociedade-mãe, a quem incumbe ilidir essa presunção, apresente elementos de prova suficientes susceptíveis de demonstrar que a sua filial se comporta de forma autónoma no mercado. Outras circunstâncias, como a não contestação da influência exercida pela sociedade-mãe na política comercial da sua filial e a representação comum das duas sociedades durante o procedimento administrativo, podem ser tidas em conta pelo tribunal da união sem, no entanto, condicionar a aplicação da presunção mencionada*”.

<sup>133</sup> Cf. n.º 74 do Acórdão.

Tal opção, contudo, deixa um vazio que até aos dias de hoje, como veremos, não foi preenchido, mantendo-se indeterminadas as circunstâncias fácticas que poderão servir para ilidir a presunção.

Tal indeterminação, acaba por aproveitar aos próprios tribunais que têm vindo, como veremos melhor, a decidir, quanto à apreciação dos elementos de prova apresentados pelas visadas, de forma ostensivamente casuística.

Avançando, interessa-nos também neste capítulo, analisar o Acórdão *General Química contra Comissão Europeia*<sup>134</sup>, o qual tem considerações interessantes acerca do grau de fundamentação por que se deve pautar uma decisão na presente matéria.

Em termos muito genéricos, no caso objecto daqueles autos, as recorrentes alegavam que: (i) a Comissão está obrigada a apresentar indícios que complementem a presunção de influência decisiva; (ii) o Tribunal *a quo* incorreu em erro de direito relativo às regras aplicáveis em matéria de prova, ao limitar excessivamente as possibilidades de afastamento da presunção, consagrando uma responsabilidade automática; (iii) o Tribunal desvirtuou a comunicação emitida pela Repsol Química SA após a inspecção da Comissão, na qual aquela ordenou, a todas as sociedades do grupo, que cessassem todas as práticas potencialmente ilícitas, ao considerar que a mesma era suficiente, por si, para provar a influência determinante que a Repsol Química SA exercia sobre a General Química SA; (iv) o Tribunal *a quo* desconsiderou uma série de elementos apresentados pela Repsol Química para afastar a presunção<sup>135</sup>; (v) o Tribunal de Primeira Instância imputou responsabilidade à Repsol YPF apenas e só com base no

---

<sup>134</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 20 de Janeiro de 2011, *General Química SA e Outros contra Comissão Europeia*, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, onde eram recorrentes a Repsol YPF SA, a Repsol Química SA – detida a 100% pela primeira – e a General Química SA – detida a 100% pela segunda – todas elas responsáveis conjunta e solidariamente pela infracção cometida pela General Química SA.

<sup>135</sup> Como, por exemplo, o facto de ambas exercerem actividades diferentes, a circunstância de as actas do conselho de administração da Repsol Química SA só se referirem à General Química SA duas vezes em oito anos, os elementos que demonstravam que apenas os dirigentes desta última determinavam e executavam a política comercial da sociedade, o facto de as informações trocadas entre ambas dizer apenas respeito aos resultados financeiros da subsidiária e a relação de agência não exclusiva que existia entre a Repsol YPF e a General Química SA.

facto de a Repsol Química não ter sido capaz de afastar a sua responsabilidade pelas condutas da General Química.

O argumento referido em (iii) foi acolhido pelo TJUE, que considerou que o Tribunal de Primeira Instância se limitou “*a formular uma simples afirmação de princípio, sem revelar de forma clara e inequívoca os motivos que o conduziram a essa conclusão*”<sup>136</sup>, encontrando-se, portanto, ferido de falta de fundamentação.

Em bom rigor, quanto a este argumento, consideramos que o Tribunal podia ter ido ainda mais longe, censurando, para além da “*afirmação de princípio*”, o facto de não se ter considerado que tal comunicação, na verdade, pode ser interpretada de duas formas. Uma primeira no sentido de que a sociedade-mãe, ao emitir aquela comunicação, exercia influência sobre o comportamento das suas subsidiárias<sup>137</sup>. Uma segunda no sentido de que a sociedade-mãe, não só não teria conhecimento da conduta das suas subsidiárias, como não se imiscuía na mesma, sendo que, se assim não fosse, teria emitido aquela comunicação em momento anterior.

Quanto ao argumento referido em (iv), o TJUE também entendeu dar razão às recorrentes e concluiu que o Tribunal *a quo* “*estava, portanto, obrigado a tomar em consideração e a examinar concretamente os elementos que foram adiantados pelas recorrentes para demonstrar a autonomia da GQ na execução da sua política comercial para verificar se a Comissão teria cometido um erro de apreciação ao ter considerado essas provas como insusceptíveis de demonstrar, no caso em apreço, que a filial não constituía, juntamente com a RQ, uma entidade económica única*”<sup>138</sup>.

Ao decidir deste modo, o Tribunal reforça e garante o direito a um recurso efectivo, obrigando o Tribunal de recurso a pronunciar-se, em específico, sobre as questões levantadas pelas recorrentes – provavelmente, apenas com excepção das questões cuja apreciação fique prejudicada pela apreciação de outras – não podendo o

---

<sup>136</sup> Cf. n.º 61 do Acórdão.

<sup>137</sup> Influência que, ainda assim, não se pode considerar definitiva, porquanto não se demonstrou que a comunicação tivesse sido aceite e posta em prática pelas subsidiárias, conformando-se estas últimas, na sua postura comercial, com aquela.

<sup>138</sup> Cf. n.º 78 do Acórdão.

Tribunal, arrimando-se num juízo genérico, dar simplesmente como válidas as conclusões da Comissão relativamente aos elementos apresentados pelas visadas para ilidir a presunção.

Por fim, quanto ao argumento referido em (v), muito embora as recorrentes tivessem alegado que tal entendimento significa, na prática, que “(...) *a responsabilidade pelas infracções cometidas por uma filial é sistematicamente imputada à sociedade-mãe líder do grupo ao qual essa filial pertence, sem que se tenham em consideração as circunstâncias próprias de cada caso concreto, nomeadamente, o número de sociedades interpostas, a natureza ou as actividades destas últimas, bem como os seus vínculos jurídicos e económicos*”<sup>139</sup>, o Tribunal considerou que “(...) *existe uma presunção ilidível, segundo a qual esta sociedade holding exerce uma influência determinante sobre o comportamento da sociedade interposta e indirectamente, através desta última, igualmente sobre os comportamentos da referida filial*”<sup>140/141</sup>.

Com esta argumentação, o Tribunal admite a extensão da presunção de influência decisiva em termos tais que a mesma já não se aplica apenas a casos em que a sociedade-mãe detém, de forma directa, a totalidade ou quase totalidade do capital social da filha, aplicando-se também nos casos em que a participação é indirecta por via de interposta pessoa colectiva. A extensão do âmbito de aplicação da presunção nestes termos é, contudo, perniciosa, não se vislumbrando, sequer em tese, a sua razão de ser – a qual, aliás, não é avançada pelo Tribunal, que se limita a aceitá-la tal como invocada pela Comissão, sem sequer questionar a sua admissibilidade e os seus limites, à revelia do seu próprio entendimento quanto ao dever de fundamentação.

A questão que surge, à luz daquela conclusão, é a de saber, afinal, quais são os limites da presunção. A presunção admite que se responsabilizem todas as sociedades que, de uma perspectiva vertical, detenham participações, directa e indirectamente, no

---

<sup>139</sup> Cf. n.º 82.

<sup>140</sup> Cf. n.º 88.

<sup>141</sup> Também neste sentido, *vide*, Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 8 de Maio de 2013, Eni SpA contra Comissão Europeia, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289, n.º 48.

capital social da sociedade infractora, independentemente do modo como aquelas se relacionam entre si?

Parece-nos claro que, naquele caso, o Tribunal laborou em erro, esquecendo que a formulação da presunção de capital se decompõe nos seguintes termos: do facto conhecido que é a detenção da (quase-)totalidade do capital social, firma-se o facto desconhecido, que é o exercício de influência decisiva.

Naquela formulação não cabe, como facilmente se conclui, a conclusão segundo a qual uma sociedade *holding* que detém, indirectamente e por interposta(s) pessoa(s), uma participação no capital social de uma subsidiária, sobre a mesma exerce uma influência decisiva.

Em nossa opinião, uma e outra são diferentes e não se pode, com a leveza demonstrada pelo Tribunal, concluir, sem mais, que ambas desembocam na mesma conclusão prática.

Se, como já fomos avançando, a presunção de capital, na sua formulação original, suscita razoáveis dúvidas quanto à sua admissibilidade, mais dúvidas suscitará a presunção entendida naqueles termos. Ainda que se considere que aquela é admissível mesmo que desacompanhada de qualquer prova corroborante – no que não concedemos – tal não pode ser o caso quanto a esta última.

Para que se possa concluir que, sem prejuízo da complexa hierarquização entre sociedades do mesmo grupo e sem prejuízo do número concreto de interpostas sociedades, que a sociedade-topo exerce uma qualquer influência na determinação da política de mercado na sociedade-base – subsidiária última – é preciso demonstrar algo mais que a mera detenção de capital social. Em bom rigor, poder-se-á dar o caso de a interposição ser de tal modo complexa que leve a que a sociedade-topo – sem prejuízo da eventual consolidação de contas do grupo – nada conheça da actividade e gestão da suas subsidiárias mais distantes, sendo que tal conhecimento se encontra disperso pelas sociedades interpostas, aí se perdendo sem chegar ao topo da hierarquia.



Face a tudo quanto antecede, não podemos deixar de censurar veementemente não só a conclusão a que chegou aquele Tribunal como, bem assim, a falta de fundamentação que se constata na sua posição.

Apesar de ter dado provimento a alguns dos argumentos apresentados pelas recorrentes, o TJUE, apreciando, como é sua faculdade<sup>142</sup>, definitivamente o litígio, acabou por considerar, apesar de conceder na possibilidade de a Repsol Química não ter conhecimento da infracção, que as recorrentes não apresentaram provas que permitissem afastar a presunção, a qual encontra sustento na circunstância de ambas formarem uma mesma unidade económica<sup>143</sup>.

À luz deste entendimento, não pode senão concluir-se que, de facto, se trata de uma atribuição, à sociedade-mãe, de responsabilidade objectiva por práticas da autoria da sociedade-filha, uma vez que a mesma se admite independentemente não só do grau de participação daquela primeira no facto ilícito, como, inclusive, do próprio grau de conhecimento que a mesma poderia ter relativamente à conduta da sua subsidiária.

Tal responsabilidade objectiva não é, contudo e como vimos, admissível, até porque a mesma, muito embora seja regra na prática decisória, não se encontra prevista e regulada em qualquer diploma legal que se aplique ao nosso tema, o que, dada a relevância que a mesma assume no seio dos grupos societários, não podia deixar de acontecer a bem da certeza e segurança jurídicas – isto é, para que as empresas

---

<sup>142</sup> Nos termos do disposto no artigo 61.º, primeiro parágrafo, segundo período, do Estatuto do Tribunal de Justiça.

<sup>143</sup> Também neste sentido, *vide*, Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 8 de Maio de 2013, Eni SpA contra Comissão Europeia, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289, n.º 65, onde se pode ler que “(...) a circunstância de a sociedade-mãe não ter participado directamente nesta infracção nem incitado à sua prática não é susceptível de demonstrar que estas duas sociedades não constituíam uma mesma unidade económica”. Neste caso cumpre ainda salientar que o Tribunal Geral considerou que “(...) a imputação do comportamento ilícito de uma filial à sua sociedade-mãe não implica a prova de que a sociedade-mãe influencia a política da sua filial no domínio específico que constitui o objecto da infracção (...). Em particular, o facto de a Eni desempenhar um papel de simples coordenador técnico e financeiro e fornecer, às suas filiais, a assistência financeira necessária não basta para se excluir que exerce uma influência decisiva sobre o comportamento das referidas filiais, coordenando, nomeadamente, os investimentos financeiros do grupo”.

pudessem, *a priori*, contar com essa responsabilidade, conformando a sua conduta de acordo com a mesma.

A propósito daquela decisão, saliente-se, ainda, que, não raras vezes, a jurisprudência considera – como ali se considerou – que a circunstância de as sociedades do grupo apresentarem contas consolidadas é um forte indício de uma relação de influência determinante entre dominante e dominada.

Contudo, a nosso ver, tal prática é, outrossim, indício da fragilidade da argumentação fáctica que visa dar sustento à presunção. Em bom rigor, a consolidação de contas – um processo complexo que consiste em agregar as contas de uma sociedade-mãe com as suas filiais, de modo a que as suas contas representem a situação financeira e os resultados das operações do grupo como se de uma única entidade se tratasse, pretendendo apenas apresentar os resultados das operações em que as empresas do grupo participaram com terceiros – é uma obrigação que decorre directamente da lei<sup>144</sup>, a qual, pelos menos para qualquer sociedade-mãe sujeita ao direito nacional, não admite a não consolidação.

Face ao que antecede, caso se admita que a consolidação é indício forte do exercício de influência determinante, terá que se admitir também que nada as dominantes podem fazer para se afastar desse indício, a não ser não cumprir as obrigações legais que sobre si impendem e que, a bem da verdade, são obrigações formais de cujo cumprimento nada se pode, a nosso ver, retirar. Deste modo, o facto de a jurisprudência deste facto retirar aquelas consequências, revela que, independentemente do respectivo significado material, qualquer argumento é válido para reforçar aquela presunção – que, em boa verdade, já é suficientemente forte e não carece de qualquer reforço.

---

<sup>144</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 98/2015 de 2 de Junho, que transpõe a Directiva n.º 2013/34/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas

Outra decisão paradigmática nesta matéria é o Acórdão *Alliance One contra Comissão Europeia*<sup>145</sup>, no qual se aprecia a circunstância de o Tribunal Geral ter considerado que o facto de a Comissão, relativamente a parte das recorrentes, ter entendido que o exercício efectivo de uma influência decisiva assentava numa «base dupla» e não exclusivamente na presunção, a vinculava também à adopção do mesmo grau de exigência relativamente às restantes recorrentes, em estrito cumprimento do princípio da igualdade.

Vejamos melhor.

No caso daqueles autos, a Comissão decidiu responsabilizar as sociedades dominantes apenas quando outros elementos apontassem no sentido de reforçar a presunção de influência determinante, ou seja, fazendo operar o critério/modelo da base dupla, o qual, nas palavras do Tribunal Geral, “(...) *é um critério objectivo, uma vez que se limita a exigir elementos de prova que confirmem a presunção do exercício de uma influência decisiva pela sociedade-mãe em causa na sua filial decorrente da detenção da totalidade do capital desta última*”<sup>146</sup>.

A Comissão aplicou, portanto, aquele critério a todas as dominantes cujas dominadas haviam participado no cartel, com excepção da Trans-Continental Leaf Tobacco Corp. Ltd (TCLT), cuja responsabilização a final assentou apenas na verificação do pressuposto da detenção de determinada percentagem de participações sociais.

No recurso que interpuseram para o Tribunal Geral, as recorrentes alegavam que “(...) *o tratamento concedido pela Comissão à Intabex foi mais favorável do que o que concedeu à TCLT. Critica[va]m que o nome da TCLT, ao contrário do que sucedeu*

---

<sup>145</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 19 de Julho de 2012, *Alliance One International Inc. (anteriormente, Standard Commercial Corp.) e Standard Commercial Tobacco Co. Inc. contra Comissão Europeia e Comissão Europeia contra Alliance One International Inc. e Outras*, C-628/10 P e C-14/11 P, ECLI:EU:C:2012:479, o qual resulta de recurso interposto do Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 27 de Outubro de 2010, *Alliance One International, Inc. (anteriormente, Standard Commercial Corp.) e outros contra Comissão Europeia*, T-24/05, ECLI:EU:T:2010:453 – acórdão que também assume relevo para o caso em análise.

<sup>146</sup> Cf. n.º 135 do Acórdão do TJUE.

*com a Intabex, tenha figurado entre os dos destinatários da decisão impugnada e tenha sido responsabilizada pelo comportamento infractor da sua filial, quando a sua participação nesta foi meramente financeira e a Comissão não apresentou nenhuma prova da sua participação material nos factos imputados à WWTE”<sup>147</sup>*

A tal argumentação, respondeu a Comissão que, à data em que foi proferida a decisão impugnada, “(...) a sua política consistia em «fazer uma utilização prudente desta presunção e fundamentar as suas conclusões relativas à responsabilidade das sociedades-mãe, na medida do possível, numa base dupla: recorrer à presunção para as filiais a 100% e impedir todas as tentativas destinadas a ilidir a presunção demonstrando especificamente o exercício efectivo de uma influência decisiva através de provas adicionais»”<sup>148</sup> (sublinhado nosso).

À luz dos argumentos apresentados pelas partes, o Tribunal Geral decidiu, em termos genéricos, que nenhum dos elementos apresentados pela Comissão na decisão impugnada permitia considerar que a TCLT exerceu efectivamente, durante o período relevante qualquer influência.

Aquele Tribunal concluiu então que a Comissão não se podia basear apenas no facto de a TCLT deter a totalidade do capital da WWTE, porquanto a TCLT seria então tratada de forma discriminatória relativamente à Intabex, à Universal e à Universal Leaf<sup>149</sup>.

Não se conformando com tal decisão, veio a Comissão dela interpor recurso no qual alegou que o método que havia adoptado quanto à responsabilização de algumas sociedades dominantes, não a vinculava relativamente às restantes dominantes, bastando, quanto a estas, valer-se na presunção de capital para a responsabilização.

O TJUE, contudo, não lhe deu razão e manteve a decisão recorrida do Tribunal Geral, concluindo que teve razão o Tribunal Geral quando constatou que existia uma diferença de tratamento e que tal era motivo suficiente para a anulação parcial da

---

<sup>147</sup> Cf. n.º 84 do Acórdão do Tribunal Geral.

<sup>148</sup> Cf. n.º 118 do Acórdão do Tribunal Geral.

<sup>149</sup> Cf. n.º 218 do Acórdão do Tribunal Geral.

decisão controvertida. Acrescentou ainda que, com efeito, tendo a Comissão adoptado um método compatível com a jurisprudência do TJUE relativa à influência decisiva, nenhuma ilegalidade foi cometida pela Comissão, pelo que o princípio da legalidade não podia afastar, no caso *sub judice*, a obrigação que impedia sobre a Comissão de respeitar o princípio da igualdade de tratamento<sup>150</sup>.

Este aresto é importante na medida em que estabelece, de forma clara e convincente, que as visadas no mesmo processo por práticas restritivas da concorrência merecem o mesmo tratamento no que diz respeito à responsabilização das sociedades dominantes, *rectius*, que a Comissão não pode, relativamente a umas, efectivar aquela responsabilidade com base apenas na presunção de capital e, relativamente a outras, considerar que se deve provar, com base em elementos adicionais, que a influência decisiva era efectivamente exercida.

A decisão é ainda importante na medida em que desvenda o critério da base dupla, o qual, a ser adoptado em pleno significaria que a Comissão teria que, em qualquer caso, apresentar sempre prova adicional que corroborasse a presunção de influência decisiva, indiciando que aquela era, no caso concreto, efectivamente exercida.

Parece-nos que tal critério se reveste do maior relevo nesta sede, porquanto pode assumir-se como solução ideal para todas as críticas a que a presunção de capital se encontra sujeita.

Face a tudo o que antecede e considerando, como já descrevemos, que a Comissão tem, na sua esfera de acção, amplíssimos poderes para compelir as visadas a carrear, para os autos, elementos probatórios que lhes sejam requeridos por aquela no âmbito de uma determinada investigação, não pode senão concluir-se que a adopção daquele critério não criaria – ao contrário do que se possa querer fazer parecer – obstáculos de maior à actividade sancionatória da Comissão – que sempre conseguiria, se fosse efectivamente o caso, provar o exercício de influência determinante.

---

<sup>150</sup> Cf. n.ºs 61 e 63 do Acórdão do TJUE.

Tal entendimento permitiria, concomitantemente, salvaguardar todos os direitos de defesa das visadas que, de outro modo, têm a seu cargo a difícil – diríamos que verdadeiramente diabólica – tarefa de prova de um facto negativo.

Por fim, merece ainda a nossa atenção o caso *Elf Aquitaine contra Comissão Europeia*<sup>151</sup>, em cujo processo a sociedade-mãe, detentora de 98% das participações sociais da sua subsidiária, foi considerada responsável pelas infracções praticadas por esta última.

No seu recurso perante o TJUE, a sociedade dominante invocou, entre outros argumentos, erros de direito que se consubstanciavam na violação do dever de fundamentação<sup>152</sup>.

Com efeito, a recorrente entendia que, relativamente à decisão adoptada pela Comissão – e posteriormente confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância – se verificava que a respectiva fundamentação era insuficiente, porquanto a mesma não dava qualquer resposta a certos argumentos específicos invocados pela recorrente aquando da comunicação de acusações.

Consequentemente, entendia que a Comissão se havia limitado a “*afastar em bloco, sem explicação e de forma geral e indiscriminada*” aqueles argumentos, não tendo indicado, exemplificativamente, “*quais os documentos que, entre aqueles que lhe foram apresentados, apenas davam, no seu entender, «uma visão geral da gestão comercial»*”<sup>153</sup>.

Debruçando-se sobre este argumento, o Tribunal de recurso concluiu que, de facto, a recorrente tinha tentado demonstrar, com argumentos que diziam respeito a aspectos económicos, organizacionais e jurídicos – em suma, que a Elf Aquitaine era uma “holding pura”, sem quaisquer funções operacionais no seio do grupo societário, o qual era caracterizado, quanto às subsidiárias, por uma gestão descentralizada; que a

---

<sup>151</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 29 de Setembro de 2011, *Elf Aquitaine SA contra Comissão Europeia*, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620.

<sup>152</sup> Cf. n.ºs 132 e ss. do Acórdão.

<sup>153</sup> Cf. n.ºs 138 e 139 do Acórdão.

gestão da Atofina não estava subordinada às instruções da sociedade dominante; que a subsidiária não informou a Elf Aquitaine a propósito da sua actuação no mercado; que aquela primeira tinha plena liberdade contratual, em nada necessitando de prévia autorização da sociedade-mãe; que a Atofina era financeiramente autónoma; que a estratégia jurídica da Atofina sempre foi determinada de forma autónoma; que era esta a percepção de terceiros<sup>154</sup> – que a sua subsidiária determinava a sua conduta no mercado de forma autónoma e que, no essencial, não aplicava instruções emanadas pela recorrente.

Para além disso, o Tribunal concluiu também que, muito embora a Comissão se tenha pronunciado expressamente a propósito de alguns dos argumentos apresentados pela recorrente, não respondeu a muitos outros, sendo que, relativamente a estes, a única tomada de posição que se encontra na decisão controvertida resume-se à seguinte consideração genérica: “(...) *ainda que a Comissão tenha expressamente afirmado (...) que a detenção de 98% do capital era suficiente para imputar à Elf Aquitaine a responsabilidade pelos actos da Atofina, precisou, contudo, no seguimento do referido considerando, que as provas apresentadas pela recorrente não permitiam ilidir a presunção*”.

Assim, na perspectiva do Tribunal, seria muito difícil – impossível até – apreender, em particular, “(...) *se o conjunto de indícios apresentado pela recorrente para ilidir a presunção que lhe é aplicada pela Comissão foi rejeitado porque não era convincente ou porque, na opinião da Comissão, o simples facto de a recorrente deter 98% do capital da Atofina era suficiente para imputar a responsabilidade pela actuação da Atofina à recorrente, independentemente dos indícios apresentados por esta última em resposta à comunicação de acusações*”<sup>155</sup>.

Com efeito, considerando que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito – e fazendo uso da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 61.º, primeiro parágrafo, segundo período, do Estatuto do Tribunal de Justiça – o Tribunal decidiu

---

<sup>154</sup> Cf. n.º 160 do Acórdão.

<sup>155</sup> Cf. n.º 168 do Acórdão.

anular “(...) a decisão controvertida na parte em que imputa à recorrente a infracção em questão e lhe aplica uma coima sem fundamentação adequada às circunstâncias do caso concreto”<sup>156</sup>.

Ao decidir deste modo, o Tribunal deixa claro que a presunção não serve de escudo a todo e qualquer fundamento que as sociedades visadas possam vir a apresentar em sua defesa, i. é, a Comissão não pode, pura e simplesmente, “*erguer a bandeira*” da detenção de participações sociais para, através de formulações genéricas, negar provimento aos argumentos das partes.

Impõe-se, deste modo, que a Comissão, confrontada com os elementos apresentados pelas partes no sentido de afastar a presunção de capital, se pronuncie, de forma especificada, relativamente a todos e cada um daqueles – sem prejuízo dos elementos cuja apreciação se encontre prejudicada pela apreciação de outros – fundamentando os termos em que decide, não obstante a apresentação daqueles elementos probatórios, manter a sua convicção de que a sociedade-mãe exerce, sobre a sociedade-filha, uma influência dominante.

Terminada esta – selectiva – análise jurisprudencial, parece-nos seguro concluir que a presunção de influência decisiva tem vindo a evoluir e a complexificar-se a largos passos, em muito se afastando da sua concepção original, a qual, *de per si*, já levantava sérias dúvidas quanto à respectiva admissibilidade.

Tal qual se encontra hoje na jurisprudência do TJUE, a presunção de capital auxilia a Comissão a aplicar coimas de maior valor em todos os casos em que a sociedade infractora é detida a quase 100% por uma qualquer outra sociedade, independentemente de tal detenção de participações se revelar a nível directo ou indirecto, abrangendo inclusive casos em que o ‘domínio’ é deveras longínquo.

Para além disso, pode também concluir-se que a responsabilidade que se atribui à sociedade-mãe é, a bem da verdade e à revelia de todas as garantias de protecção das visadas que julgamos que se devem aplicar a processos desta natureza, uma

---

<sup>156</sup> Cf. n.º 180 do Acórdão.



responsabilidade objectiva, que não depende, em caso algum, do grau de participação daquela na infracção ou sequer do grau de conhecimento que sociedade dominante tem da mesma.

Podemos, por fim, concluir que a Comissão construiu, única e exclusivamente em função dos seus interesses persecutórios, um mecanismo que, muito embora – em nossa opinião – colida directamente com regras jurídicas comuns a vários ordenamentos jurídicos nacionais – como são, por exemplo, as regras relativas ao ónus da prova em procedimentos desta natureza – encontrou na jurisprudência a sua legitimação quase acrítica. Sendo também certo que, como vimos, só em raros casos aquela jurisprudência traça limites à perseguição desmedida daqueles interesses.

## **2. Decisões nacionais**

Em sentido oposto à vasta jurisprudência da União Europeia, que indicámos e analisámos, surge a quase inexistente experiência nacional no que toca às questões que se prendem com a presunção de influência decisiva e a sua conformação prática.

Parece-nos que podemos adiantar que os tribunais portugueses ou ainda não tiveram oportunidade de se pronunciar ou ainda não se quiseram pronunciar sobre as temáticas sobre as quais ora nos debruçamos.

Não obstante, a prática decisória da Autoridade da Concorrência, que, inevitavelmente – e, diríamos até, em virtude dos princípios do primado do direito europeu e da interpretação conforme –, segue de perto a jurisprudência do TJUE em matéria jusconcorrencial, pode lançar alguma luz sobre o entendimento potencialmente adoptado no nosso ordenamento jurídico relativamente à responsabilização das sociedades dominantes em casos de detenção da (quase-)totalidade do capital social da subsidiária que assume a qualidade de autora de práticas restritivas da concorrência.

Por essa razão, atentemos apenas no traço geral que, em nossa opinião, é comum às decisões da Autoridade da Concorrência nas quais se fez, pelo menos, menção à presunção de influência decisiva.

Com efeito, é de salientar que, em termos gerais, a Autoridade da Concorrência tem vindo a ser prudente na utilização daquela presunção no sentido da responsabilização da sociedade-mãe pelas práticas restritivas da concorrência perpetradas pela sociedade-filha.

Assim, sempre que pondera a intervenção daquela presunção, a Autoridade da Concorrência não se baseia apenas na detenção da totalidade do capital social, acrescentando, sempre, outros factores que indiciam o exercício de uma influência determinante, tais como a detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais no capital da dominada e o papel preponderante que a

dominante assume na composição do conselho de administração e na forma de vinculação daquela.

A este propósito, exemplificativamente, atente-se na decisão proferida no âmbito do processo por práticas restritivas da concorrência em que eram visadas a Serra GmbH e a Serra Portugal, Unipessoal (doravante, “Serra Portugal”)<sup>157</sup>, na qual a Autoridade da Concorrência decidiu imputar a prática restritiva também à sociedade-mãe, a qual, contudo, para além de deter a totalidade do capital social da sua subsidiária teve – como bem demonstrou a Autoridade da Concorrência – uma real intervenção na infracção, o que era indiciado, principalmente, pela circunstância de o gerente da Serra Portugal assumir funções de chefe de exportações da Serra GmbH e, a circunstância de aquela sociedade servir apenas o propósito de emitir facturas em Portugal. A Autoridade da Concorrência valorou ainda o facto de as mensagens de correio electrónico, as quais eram a mais forte prova da infracção em causa, serem endereçadas aos retalhistas portugueses pela Serra GmbH e não pela dominada que actuava em território português.

Em casos como este, como já afirmámos *supra*, não choca que a sociedade-mãe seja, também ela, responsável pela conduta ilícita, pois que é por demais evidente que aquela também participou na infracção, diluindo-se, de facto, as separações jurídicas entre as duas pessoas colectivas que, na prática, actuam como se de uma só se tratasse. Em casos como este, em que saímos do domínio das abstracções e das suposições e em que é possível verificar, através de factos concretos, o exercício de uma influência decisiva, não poderia senão responsabilizar-se também a sociedade dominante<sup>158</sup>.

Em suma e para simplificar, bastaria, em bom rigor, que se aferisse da responsabilidade individual da dominante para se chegar à mesmíssima conclusão.

Em sentido algo inverso, contudo – e sem prejuízo das limitações de compreensão causadas pelas passagens confidenciais da versão pública – é ainda de chamar à colação

---

<sup>157</sup> Decisão da Autoridade da Concorrência, PRC 2009/12 de 21 de Março de 2013, no âmbito do processo em que eram visadas a SERA GMBH e a SERA PORTUGAL, Unipessoal.

<sup>158</sup> Neste sentido, *vide* também, a Decisão da Autoridade da Concorrência, PRC 2012/08 de 11 de Março de 2014, no âmbito do processo em que era visada a BRISA – AUTOESTRADAS DE PORTUGAL, S.A.

a decisão adoptada pela Autoridade da Concorrência no processo em que eram visadas a Associação Nacional das Farmácias (doravante, “ANF”), a Farminveste – S.G.P.S. (doravante, “Farminveste SGPS”), S.A., a Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A. (doravante, “Farminveste IPG”) e a HMR – Health Market Research, Lda. (doravante, “HMR”)<sup>159</sup>, na qual se pode ler que, muito embora fosse suficiente, para efeitos de aferição da responsabilidade da Farminveste SGPS quanto aos comportamentos em causa, aferir da possibilidade de exercício de controlo sobre a Farminveste IPG e a HMR, resulta, no entender da Autoridade da Concorrência e do que fica enunciado na sua decisão, o seu envolvimento directo, consciente e voluntário nos factos relevantes<sup>160</sup>.

Diríamos que, aparentemente, a Autoridade da Concorrência adoptou, nesta decisão, o critério da base dupla, não se bastando, para efeitos de responsabilização da Farminveste SGPS – sociedade interposta entre a ANF e as subsidiárias Farminveste IPG e HMR – na percentagem de capital social que esta detinha nas suas subsidiárias.

Atento o teor da decisão, contudo, parece que a Autoridade caiu na tendência de se escudar, para poder chegar àquela conclusão, em formulações de índole genérica, não concretizando os elementos de facto concretos que a levaram a concluir naquele sentido<sup>161</sup>.

Na sequência de recurso interposto da sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão<sup>162</sup> – que sucedeu àquela decisão da Autoridade da Concorrência e

---

<sup>159</sup> Processo PRC/2009/13, de 22 de Dezembro de 2015.

<sup>160</sup> Cf. n.º 1028 da decisão.

<sup>161</sup> V.g., o n.º 1025, onde se pode ler que “(...) é expectável que a empresa-mãe e a(s) sua(s) subsidiária(s) partilhem a mesma estratégia empresarial, com vista a fins comuns. É, aliás, natural, que a subsidiária promova os interesses da empresa mãe”. Isto muito embora a Autoridade da Concorrência se refira a alguns factos concretos, como sejam o facto de a Farminveste SGPS ter adquirido a totalidade do capital social da Farminveste IPG no decurso dos factos em análise naquele processo, desse facto concluindo que sociedade-mãe os conhecia (cf. n.º 1015), o facto de aquelas duas sociedades em conjunto com a HMR se encontrarem sediadas na mesma morada, partilhando instalações (cf. n.º 1018) e, por fim, o facto de a sociedade-mãe não dispor de quaisquer quadros para além dos membros dos órgãos sociais, partilhando meios com as suas participadas (cf. n.º 1019).

<sup>162</sup> Proferida a 20 de Outubro de 2016 no âmbito do processo n.º 36/16.0YUSTR.

na qual o Tribunal se limitou a diminuir o montante das coimas que haviam sido aplicadas, mantendo a decisão da Autoridade quanto ao restante – o Tribunal da Relação<sup>163</sup> veio a reverter, em Acórdão que ainda não se encontra publicado, a condenação da Farminveste SGPS, sociedade interposta, mantendo a condenação das restantes visadas.

Em tal decisão e respondendo às alegações da Farminveste SGPS<sup>164</sup>, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que “(...) os factos provados tal como eles se encontram descritos na sentença (...) não são suficientes para se poder imputar legalmente à firma Farminveste SGPS, a responsabilidade por omissão da contraordenação objecto destes autos. (...) Tal como bem ficou exposto no parecer de Pedro Caeiro e Filipe dos Santos as acções concretamente imputadas à Farminveste SGPS não podem ser qualificadas como uma execução do facto típico **nem sequer a título de cumplicidade na execução do mesmo porquanto:** «(...) a circunstância de a Farminveste SGPS deter a maioria do capital da Farminveste IPG e da HMR e de ter acompanhado, como holding, os respectivos comportamentos, chamando a si os resultados produzidos

---

<sup>163</sup> Vide, Acórdão proferido pela 3ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa a 14 de Junho de 2017 no âmbito do processo n.º 36/16.0YUSTR.L1, ainda não publicado.

<sup>164</sup> Que, entre outras coisas, alegava do seguinte modo: “(...) *nem um conceito extensivo de autoria – e muito menos o conceito restritivo de autoria existente no Direito Penal – permite a imputação da contraordenação objecto destes autos à arguida, à luz dos «factos» aduzidos em sede de decisão recorrida, já que os mesmos são inexistentes e reconduzem-se apenas a referências genéricas à estrutura societária do Grupo*”, concretizando que “[a] imputação da contraordenação à Arguida a título omissivo, por não por cobro à conduta ilícita da sociedade-filha, carece de fundamento de facto e de direito, já que: (i) não impende sobre a Recorrente um qualquer dever jurídico de agir (ii) a Recorrente não tinha a possibilidade fáctica de agir – nem isso vem ponderado na Decisão Recorrida e (iii) a omissão imputada não é relevante causalmente para a produção (ou não produção) do resultado ilícito – nem isso vem ponderado na Decisão Recorrida. (...) a sentença do Tribunal a quo admite que a recorrente não tinha capacidade de agir, já que o destino do Grupo era ditado pela Arguida ANF, sociedade «acima» da recorrente no organograma do grupo. (...) Por outro lado ainda, os «perigos» que cumprirá vigiar enquanto «fontes de perigo» que podem sustentar um «dever de garante» são perigos relativos a estados, coisas ou lugares – e nunca quanto a atuações de terceiros, por respeito aos princípios gerais da autorresponsabilidade, autodeterminação, confiança, culpa e ao próprio Estado de Direito. Um hipotético dever de agir quanto a pessoas só poderá afirmar-se em situações muito excepcionais: (i) quando uma pessoa «da frente» não é responsável ou é responsável diminuída (ii) ou quanto a pessoas integradas em estruturas fortemente hierarquizadas; o que não é o caso, nem assim a Decisão o sustenta”. (cf. pp.. 167 e 168 do Acórdão).

*(como é seu dever) bem como o facto de partilhar com elas as mesmas instalações e parte do corpo de administradores, etc., são caracterizações genéricas de uma certa posição societária, e não acções que consubstanciem uma determinação concreta da Farminveste IPG ao facto concreto da imposição de preços artificiais para os preços dos dados das farmácias*”<sup>165/166</sup>.

Neste aresto, para sustentar aquela conclusão, tecem-se ainda alguns comentários acerca do conceito de autor para efeitos do direito penal – vertido no artigo 26.º do CP, o qual consagra a teoria do domínio do facto – e para efeitos do disposto no artigo 16.º do RGCO, concluindo que é acertado considerar que este último prevê, à semelhança de regimes contra-ordenacionais especiais – de que é meramente exemplificativo o artigo 202.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – um conceito extensivo de autor, o qual tem, desde logo, a consequência de se considerar desnecessária a distinção entre as várias concretas formas de autoria – autoria, co-autoria e instigação – impondo-se, tão-somente, a distinção entre aquela e a cumplicidade<sup>167</sup>.

Com base neste entendimento, o Tribunal *ad quem* concluiu que não estavam, assim, reunidos os pressupostos legais para que se pudesse considerar que a recorrente era autora – por omissão – da contra-ordenação em causa naqueles autos<sup>168</sup>, devendo a mesma ser, consequentemente, absolvida.

Muito embora aquele Tribunal não tenha feito qualquer referência ao conceito de empresa previsto no artigo 3.º da Lei da Concorrência e, por essa razão, se distancie, de

---

<sup>165</sup> Cf. pp. 177 e 178 do Acórdão.

<sup>166</sup> E ainda, com relevo para o nosso caso, “(...) *bem vistas as coisas, o que foi apurado pelo Tribunal a quo quanto a esta firma Farminveste SGPS respeita não ao seu envolvimento concretamente na infracção (isto é na decisão de fixar preços elevados, a efectiva contratualização dos mesmos com a HMR e a fixação dos preços dos estudos), mas sim à posição dominante detida pela Farminveste SGPS no mercado e às relações de índole genérica e abstracta entre as várias sociedades (a organização do «grupo» e o controlo efectivo das participadas, umas vezes pela ANF, outras vezes pela Farminveste SGPS; as notas sobre a actividade comercial da HMR e a consolidação dos respectivos resultados por parte da Farminveste SGPS, etc.*” (cf. pp. 180 e 181 do Acórdão).

<sup>167</sup> Cf. pp. 181 e ss.

<sup>168</sup> Cf. p. 187.

certo modo, do tema de que ora nos ocupamos, acaba por inovar ao considerar, em consonância com o parecer de FIGUEIREDO DIAS junto aos autos, que no nosso ordenamento jurídico societário, não impende sobre a sociedade-mãe um qualquer dever jurídico de dar instruções às suas subsidiárias<sup>169</sup>, ou seja, mesmo nos casos em que a sociedade-filha leva a cabo uma determinada prática restritiva da concorrência, não impende, sobre a dominante, um qualquer dever jurídico de ordenar a cessação daquela práticas, mantendo-se, em bom rigor e sem prejuízo das características próprias das relações de grupo, a separação jurídica entre aquelas pessoas colectivas.

Isto significa, no nosso contexto, que, para que se possa vir a responsabilizar a sociedade-mãe por uma conduta que, pelo menos aparentemente, teria sido única e exclusivamente adoptada pela sociedade-filha, não basta, como afirmou a Autoridade da Concorrência, que se demonstre a possibilidade de exercício de controlo sobre esta última, sendo certo que nem o conceito extensivo de autor admite que assim se proceda.

Da decisão em causa também se pode inferir a seguinte conclusão: a imputação de responsabilidade “em cadeia” às sociedades que, no mesmo grupo societário, mantêm relações verticais de domínio, não é admissível pelo simples facto de as mesmas se relacionarem daquele modo, é necessário que a admissibilidade dessa imputação seja aferida em específico para cada uma delas, à luz dos factos do caso concreto.

Note-se, aliás, que o Tribunal da Relação considerou responsável a sociedade-topo que detia a Farminveste SGPS – a ANF – com base em concretos factos que demonstravam a sua participação na contra-ordenação em apreço, muito embora tenha decidido não considerar responsável a sociedade interposta entre aquela e as subsidiárias. Tal significa que o facto de se responsabilizar a sociedade de cúpula não significa, necessariamente, que tenham que se considerar também responsáveis todas que, verticalmente, se encontram entre essa e as sociedades-filha últimas, sendo que, por sua vez, tal significa que o juízo de imputação deve ser autónomo e específico para cada uma das potenciais intervenientes na infracção em causa.

---

<sup>169</sup> Cf. p. 201 do Acórdão.

Ainda a propósito daquela prudência que *supra* referimos – sem prejuízo da excepção que o caso que antecede consubstancia relativamente à mesma e, porventura, até como seu efeito imediato – deve ainda atentar-se no conteúdo da decisão da Autoridade da Concorrência no âmbito do processo em que eram visadas a EDP – Energias de Portugal, S.A., a EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A., a Sonae Investimentos, SGPS, S.A., a Sonae MC – Modelo Continente SGPS, S.A. e a Modelo Continente Hipermercados, S.A.<sup>170</sup>.

Naquele processo, a Autoridade da Concorrência decidiu, em suma<sup>171</sup>, que, muito embora, as empresas visadas com envolvimento directo na contra-ordenação fossem parte integrante de dois grandes grupos societários – o grupo Sonae e o grupo EDP – e, portanto, constituíssem, com aqueles, uma empresas do ponto de vista jusconcorrencial, a Autoridade não imputaria a responsabilidade às empresas naquela acepção, mas sim às sociedades-filhas relativamente às quais se provasse, com factos concretos, o envolvimento directo na infracção.

Ora, deparando-se com a possibilidade de lançar mão à presunção que se tornou quase incontestável e se cristalizou na jurisprudência comunitária, a Autoridade da Concorrência optou por não o fazer, decidindo imputar a prática da infracção apenas às sociedades que participaram, de forma directa e imediata, nos factos em causa.

---

<sup>170</sup> Proferida no âmbito do Processo PRC/2014/5 a 4 de Maio de 2017.

<sup>171</sup> Na íntegra: “348. *Efectivamente, as empresas visadas pelo processo são apenas as sociedades dos Grupos EDP e Sonae com envolvimento directo na realização do Pacto de não-concorrência, ou seja, EDP Energias, EDP Comercial, Sonae Investimentos, Sonae MC e Modelo Continente, e os mercados relevante são apenas os expressamente abrangidos pela Cláusula 12.ª do Acordo de Parceria, ou seja, a comercialização de electricidade e gás natural e a distribuição retalhista de bens alimentares, em Portugal continental. (...) 350. Não obstante, facto que não é contestado, as Visadas integram-se em dois conglomerados societários, a saber o Grupo EDP e o Grupo Sonae, constituindo cada um deles uma «empresa» do ponto de vista jusconcorrencial. (...) 353. É neste contexto dos grupos societários a que pertencem, com os quais mantêm laços de interdependência e formam uma «empresa» do ponto de vista jusconcorrencial, que as Visadas actuam no mercado e decidiram realizar o Acordo de Parceria, em que incluíram o Pacto de não-concorrência, e que o seu comportamento deve ser analisado pela AdC. 354. Tal não significa que a AdC tenha indiciado ou esteja a imputar a responsabilidade contraordenacional pela infracção aos Grupo Sonae e EDP, antes fazendo, como se observam uma imputação directa a cada Visada, demonstrando o seu envolvimento directo na infracção”.*



Considerando que a Autoridade não teria, em teoria e de acordo com a linha jurisprudencial da União Europeia, que carrear qualquer outro meio adicional de prova para os autos para lograr a responsabilização das sociedades dominantes no seio daqueles grupos societários e considerando ainda que as coimas por si aplicadas consubstanciam, em parte, receita da própria Autoridade<sup>172</sup>, facto é que razões não faltariam para que, à sociedade, se fizesse uso da presunção.

Deste modo, não pode deixar de se concluir que, se a Autoridade da Concorrência não se arroga naquela faculdade, tal se deverá ao facto de ter dúvidas quanto à admissibilidade da mesma, conformando-se, em detrimento da jurisprudência do TJUE, com a jurisprudência daquele Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, solução que não podemos deixar de aplaudir.

Deve também concluir-se, por notório, que o facto de a Autoridade não se arrimar naquela presunção não implica, como há quem queira sustentar, que tal tenha que se aceitar como sendo prejudicial para a prossecução da sua missão - que consiste em assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos sectores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afectação óptima dos recursos e os interesses dos consumidores. Em bom rigor, a Autoridade da Concorrência portuguesa, munida dos poderes que já enunciámos, não encontra, por não fazer uso daquela presunção, qualquer obstáculo ou dificuldade de maior no exercício de actividade, sendo que, de facto, a única diferença reside no facto de à mesma se exigir o cumprimento do ónus de prova que, nos termos gerais, sobre a mesma sempre deve impender.

Sem prejuízo de considerarmos que o tema de que ora tratamos ainda não se colocou, na sua plenitude, no nosso ordenamento jurídico, o presente tema não deixa de ser, também quanto ao ordenamento jurídico nacional, absolutamente pertinente, uma vez que se adopta na Lei da Concorrência, como vimos, o mesmo conceito económico

---

<sup>172</sup> Cf. artigo 35.º, n.º 7, alínea b) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, nos termos do qual, consubstanciam receita “40 % do produto das coimas aplicadas pelos ilícitos que lhe compete investigar ou sancionar, revertendo os 60 % remanescentes para o Estado”.

de empresa, o qual admite, em tese e com base na argumentação que decorre dos arestos da União Europeia, a imputação à sociedade-mãe de responsabilidade pelas práticas anticoncorrenciais da autoria da sociedade-filha, podendo antecipar-se que, mais tarde ou mais cedo, a Autoridade da Concorrência não resistirá às vantagens que para si decorrem da utilização daquela presunção, forçando, deste modo, os tribunais superiores a apreciar casos que, à luz daquele conceito de empresa, poderão vir a conhecer um desfecho diferente daquele que apontámos no caso *supra* referido.

#### **IV. A presunção de influência decisiva à luz do princípio da presunção de inocência**

Face a tudo quanto já antecede e ao que fomos avançando, parece que não pode deixar de concluir-se que a presunção de influência decisiva colide frontalmente com o princípio da presunção de inocência, porquanto, nos termos daquela primeira, se presume que a sociedade-mãe, de certa forma, participou no cometimento do ilícito e, bem assim, que teve intenção de o fazer ou, pelo menos, omitiu um qualquer dever de cuidado que sobre ela impenderia em virtude da detenção de participações no capital social da sociedade-filha, cabendo-lhe, caso assim não seja, fazer prova desse facto negativo.

Não sendo apresentada, por parte de qualquer uma das visadas, prova em contrário, a sociedade dominante virá a ser, a final, solidariamente responsável pela coima aplicada em consequência das práticas restritivas da concorrência levadas a cabo pela dominada.

A presunção de influência implica, nestes termos, que o ónus da prova que impenderia sobre a Comissão, pelo simples facto de a mesma desempenhar, em procedimentos desta natureza, um papel eminentemente acusatório, se reduz à simples constatação de um facto a que facilmente terá acesso, que é o da detenção, pela sociedade-mãe, da (quase-)totalidade do capital social da sociedade-filha.

Deste modo, a Comissão consegue facilmente inverter o ónus da prova, que passa então a caber às sociedades visadas, a quem cabe provar que, muito embora exista entre elas uma relação de domínio total ou quase total, a sociedade-filha determinava, de forma autónoma, a sua conduta no mercado.

Contudo, tal inversão do ónus da prova tem, na prática, um efeito antecipatório do juízo de condenação, juízo que, na pureza dos princípios, só poderia ser proferido a final, finda a produção de prova e superada que se encontrasse a dúvida razoável.

Nos antípodas de uma qualquer presunção desta natureza, está, naturalmente, o princípio da presunção de inocência<sup>173</sup>, princípio conformador e essencial ao processo penal de um Estado de Direito Democrático<sup>174</sup>.

No ordenamento jurídico português, o princípio da presunção de inocência tem consagração constitucional no artigo 32.º, n.º 2 da CRP<sup>175</sup>, nos termos do qual “*todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*”, fazendo assim parte da denominada constituição processual criminal<sup>176/177</sup>.

---

<sup>173</sup> Como afirma ALEXANDRA VILELA relativamente ao entendimento que o direito anglo-saxónico tem do princípio, “[a] presunção de inocência assume-se assim enquanto regula iuris na repartição do ónus substancial da prova segundo a qual a prova da culpabilidade recai sobre quem oferece a acusação. Se, uma vez chegados à fase de discussão e julgamento, subsistir um non liquet, uma dúvida razoável, então o acusado deverá ser absolvido, estabelecendo-se uma equivalência entre a presunção de inocência e a prova da culpa enquanto ónus da acusação. A dúvida sobre a responsabilidade dos factos, entendida como espelho de uma acusação de culpabilidade adequadamente provada, não pode conduzir a uma condenação legítima, mas também não pode fundamentar um tratamento diferente da verificação da inocência” (*Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal* (...), op. cit., pp. 54 e 55).

<sup>174</sup> Positivado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em cujo artigo 9.º se podia ler que “*todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efectuar, deve ser severamente reprimido pela lei*”.

<sup>175</sup> Paralelamente, vide, artigo 11.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (onde se lê que “[t]oda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”), artigo 14.º, n.º 2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (onde se lê que “qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”) e artigo 6.º, n.º 2 da CEDH (onde se lê que “[q]ualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”).

<sup>176</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição Revista, 2007, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. I, pp. 515 e ss.

<sup>177</sup> As garantias de defesa fazem-se valer, pelo menos, a partir do momento em que o suspeito assume, nos termos e para os efeitos dos artigos 57.º e seguintes do Código de Processo Penal, a qualidade de arguido. Note-se que a constituição de arguido é obrigatória em determinados casos, previstos nos normativos referidos, com vista a assegurar que uma hipotética e intencional protelação no tempo do momento em que se efectua a constituição de arguido, não o priva das mais amplas garantias de defesa inerentes àquela qualidade.

O conteúdo do princípio da presunção de inocência não é facilmente determinável, devendo, no entanto, entender-se, com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>178</sup>, que o mesmo significa, no mínimo: “(a) proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido; (...) (h) princípio *in dubio pro reo*, implicando a absolvição em caso de dúvida do julgador sobre a culpabilidade do acusado”.

Ora, o princípio da presunção de inocência é um princípio característico de um tipo específico de processo penal que assente numa estrutura de índole acusatória, contrapondo-se, deste modo, ao processo penal de tipo inquisitório, o qual se desenvolvia com base num *favor societate*, socorrendo-se da presunção de culpa do arguido. Tal estrutura inquisitória tem, no entanto, uma conotação marcadamente repressiva e está historicamente associada a regimes totalitaristas, tendo sido ultrapassada com a Revolução Francesa, liberal e individualista, à qual se deve a substituição da presunção de culpa pela presunção de inocência, cujo objectivo era o de limitar o *jus puniendi* do Estado, em nome do qual muitos abusos já se haviam cometido<sup>179</sup>.

A presunção de inocência, por um lado, é um direito do arguido e, por outro, “um comando, dirigido ao legislador ordinário, impondo-lhe que as normas penais não consagrem presunções de culpa e que não façam decorrer a responsabilidade penal dos factos apenas presumidos”<sup>180</sup>.

Como vimos, é nosso entender que, tendo por base uma intrínseca distinção entre, pelo menos, dois grandes grupos de contra-ordenações, o princípio da presunção de inocência se aplica, sem qualquer restrição, pelo menos ao grupo que contempla os ilícitos contra-ordenacionais que punem as condutas mais graves e que, por essa razão,

---

<sup>178</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada* (...), *op. cit.*, pp. 518 e 519.

<sup>179</sup> Neste sentido, *vide*, MOURA, José Souto de – “A questão da presunção de inocência do arguido”, *Revista do Ministério Público*, Abril-Junho 1990, Ano 11, N.º 42, pp. 31 e ss.

<sup>180</sup> PATRÍCIO, Rui – *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português (alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 37.

admitem a aplicação de sanções que em muito se assemelham às – e, não raros casos, excedem as – penas de multa aplicáveis às pessoas colectivas em virtude do cometimento de ilícitos de natureza penal.

A ser assim, a presunção de influência decisiva colide ostensivamente, pelas razões que fomos aduzindo, com o princípio da presunção de inocência, pelo que aquela deverá, por essa razão e sem sombra para dúvidas, considerar-se inconstitucional por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 2 da CRP.

No plano do direito da União Europeia, por seu turno, a presunção de inocência assume também um papel de relevo fulcral, podendo qualificar-se como corolário máximo do direito a um *fair trial* e significando, em termos genéricos, que “[t]he burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused”<sup>181</sup>.

A este propósito, é de notar que o Tribunal de Justiça já se pronunciou, no Acórdão *Hüls AG contra Comissão das Comunidades Europeias* <sup>182</sup>, no sentido de tal garantia se aplicar a processos desta natureza, uma vez que o princípio da presunção de inocência, tal como resulta do artigo 6.º, n.º 2 da CEDH, integra a categoria dos direitos fundamentais que, segundo jurisprudência uniforme, devem ser protegidos pela ordem jurídica comunitária. Com base em tal premissa, conclui-se que, atenta a natureza das infracções em causa, bem como à natureza e grau de severidade das sanções aplicáveis, o princípio da presunção de inocência se aplica aos processos atinentes a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas, quando os mesmos redundem na possibilidade de aplicação de coimas e/ou sanções pecuniárias compulsórias<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Cf., o n.º 97 do Acórdão do TEDH de 23 de Julho de 2002, *Janosevic contra Suécia*, Processo n.º 34619/97, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

<sup>182</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 8 de Julho de 1999, *Hüls AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, em especial, os n.ºs 149 e 150.

<sup>183</sup> No mesmo sentido, *vide* ainda o Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 13 de Julho de 2011, *General Technic-Otis Sàrl et al. contra Comissão Europeia*, T-141/07, T-142/07, T-145/07 e T-146/07, ECLI:EU:T:2011:363 (n.ºs 71 e ss.).

Naqueles termos, é de notar que, de acordo com o Guia do Artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, publicado pelo TEDH<sup>184</sup>, o princípio da presunção de inocência obriga a que, no cumprimento dos seus deveres, os membros do Tribunal não devem partir de uma ideia preconcebida de culpabilidade do acusado e, tanto assim é, que o ónus da prova recai sobre a entidade que acusa, devendo qualquer dúvida ser sanada em sentido favorável ao acusado. Neste Guia, concretiza-se, ainda – para que dúvidas não restem –, que a presunção de inocência é violada quando o ónus da prova se inverte, passando a recair sobre o acusado.

Ressalve-se, nesta sede e a título incidental, a diferença entre ónus de prova e *standard* de prova. Não há dúvida de que o primeiro cabe à entidade encarregue de acusar, *in casu*, à Comissão ou às autoridades nacionais da concorrência, sendo que, consequentemente, é às mesmas que cabe carrear para o processo prova cabal do alegado cometimento de uma prática restritiva da concorrência.

O *standard* de prova, por seu turno, diz respeito ao grau de certeza que aquelas entidades têm que criar, por relação às provas que carregiam para o processo, para que se possa considerar provada a acusação.

Do que já temos vindo a referir, sempre se dirá que, nos casos que ora se analisam, o *standard* de prova é, para a Comissão, reduzidíssimo, ficando muito aquém da velha máxima, “*beyond any reasonable doubt*”. Em bom rigor, a entidade que acusa tem apenas que provar – diríamos melhor, constatar – a detenção, por parte da sociedade-mãe, de determinada percentagem no capital social da sociedade-filha. Constatado que se encontre tal facto, a Comissão pode presumir que a aquela primeira exerce efectivamente, sobre esta segunda, uma influência decisiva.

Pelo contrário, o *standard* de prova que sobre as visadas impende é, consequentemente, exigentíssimo. Em bom rigor, desta perspectiva, aquela presunção significa que, na dúvida, se deve decidir em sentido desfavorável à sociedade-mãe, isto é, caso a sociedade-mãe não consiga superar aquele pesadíssimo *standard* de prova,

---

<sup>184</sup> Disponível em [http://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_eng.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf).

considerar-se-á solidariamente responsável por um ilícito que não cometeu e do qual, não raros casos, não tinha sequer conhecimento.

Tal conclusão, muito embora corresponda à realidade material, é absolutamente aberrante, porquanto, em procedimentos desta natureza, nunca o ónus da prova deveria recair sobre as acusadas e, bem assim, nunca sobre elas poderia impender um tão exigente *standard* de prova, que corresponde à prova de um facto negativo.

Por fim, note-se que o princípio da presunção de inocência é também acolhido no artigo 48.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o qual estatui que “[t]odo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”. Tal diploma fundamental aplica-se, por força do artigo 6.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia (doravante, “TUE”), a todas as instituições da União Europeia, categoria onde se inclui, nos termos do artigo 13.º, n.º 1 do TUE, a Comissão Europeia.

Conclui-se assim que, pelo menos no que diz respeito aos processos instaurados por violação de normas que compõem o direito da concorrência, no ordenamento jurídico nacional ou no da União Europeia, o princípio da presunção de inocência, tal qual construído para o processo penal *stricto sensu*, se aplica em pleno, devendo, em consequência, garantir-se, a qualquer momento, que as visadas naqueles processos se presumem inocentes até prova em contrário, garantia onde se encontra, necessariamente, a proibição de presunções de culpa que desoneram a entidade acusatória e oneram as acusadas com a prova da sua própria inocência.

Sem prejuízo da posição que assumimos no parágrafo precedente, da qual não prescindimos, não podemos deixar de notar um outro problema que se pode colocar a propósito da presunção de influência decisiva – e ao qual também já fomos fazendo referência –, é o de saber se, a aceitarmos tal presunção, bastará que a Comissão prove a detenção da (quase-)totalidade do capital social para que a mesma se aplique e para que o ónus de prova se inverta e passe a recair sobre a empresa<sup>185</sup>, ou se, porventura, é

---

<sup>185</sup> Partindo-se de um facto conhecido para a aceitação de um facto desconhecido, sem que seja necessária qualquer outra prova adicional.



necessário que a Comissão apresente, a par do domínio total ou parcial, prova corroborante de que a sociedade-mãe, no momento da infracção, exercia, sobre a sociedade-filha, uma influência dominante, conformando-se esta com as ordens e instruções daquela.

Parece-nos que, à luz da circunstância de, em processos desta natureza, impender, sob a entidade que acusa, o ónus da prova, a resposta só poderá ser a de que a Comissão não pode bastar-se com a alegação de um facto meramente formal, facilmente comprovável e obtido com um mero esforço de constatação, desta forma invertendo, com uma automaticidade inaceitável, o ónus da prova<sup>186/187</sup>, levando assim a que seja o acusado a ver-se obrigado a provar a sua inocência, porquanto se presume culpado.

Ainda que se admitisse, em virtude da natureza especial dos procedimentos instaurados para investigação de práticas restritivas da concorrência, que aqueles princípios não se aplicariam na plenitude a estes procedimentos, sofrendo algumas – justificadas – restrições, não poderia, contudo, admitir-se tão simplesmente a sua não aplicação. Da mesma forma, ainda que considerem *sui generis* estes procedimentos – comparativamente, por exemplo, com os processos contraordenacionais por infracções da concorrência previstos nos vários ordenamentos jurídicos da União Europeia –, não deverá permitir-se que não admitam a aplicação de regras típicas do processo penal, pois a natural consequência será a criação de um desequilíbrio processual que as visadas

---

<sup>186</sup> Neste sentido, vejam-se as conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo no Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-286/98 P, ECLI:EU:C:2000:630, onde se pode ler o seguinte: “*Nesta fase, proponho ao Tribunal de Justiça de considerar que, se bem que é sobre a Comissão que recai o ónus de provar que a sociedade-mãe efectivamente exerceu uma influência determinante sobre o comportamento da sua filial, este ónus encontra-se no entanto aligeirado no caso de um controlo a 100%. Um elemento suplementar em relação à percentagem de participação continua a ser necessário, mas pode ser constituído por indícios de prova*” (cf. n.º 48).

<sup>187</sup> Em sentido contrário, cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, *Akzo Nobel NV e Outros contra Comissão* (C-97/08 P), *supra* citado e onde se pode ler, no parágrafo 64, que “*a Comissão não estava obrigada, no que respeita à imputabilidade da infracção, a apresentar, na fase da comunicação das acusações, outros elementos para além da prova referente à detenção pela sociedade-mãe do capital das suas filiais (...)*”.

difficilmente conseguirão superar, porquanto se lhes impõe a prova de um facto negativo – a prova do não exercício de influência decisiva.

Tal é ainda menos admissível considerando que, como também já pudemos constatar, a Comissão – e a Autoridade da Concorrência – não se podem escudar na dificuldade em obter elementos probatórios que, pelo menos, indiquem o exercício efectivo daquela influência, porquanto impende sobre as visadas um exigente dever de colaboração, nos termos que *supra* descrevemos.

Inexiste, portanto, razão para aquele desequilíbrio processual, devendo o mesmo ser corrigido de harmonia com os princípios típicos de um processo penal característico de um Estado de Direito Democrático, ainda que com alguns ajustes.

Impende assim sobre a entidade que acusa o ónus de carrear para os autos elementos de prova que corroborem a conclusão que, até então, se tem vindo a retirar, única e exclusivamente, da detenção de determinada percentagem no capital social da sociedade-filha.

Questão também interessante é a de saber se o controlo da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha tem que ser a 100%, representando um domínio total, ou se a presunção também poderá funcionar em caso de detenção de participações sociais em menor percentagem.

No caso Avebe<sup>188</sup>, tendo comunicado a intenção de considerar a Akzo e a Avebe conjuntamente responsáveis pela infracção, a Comissão decidiu que, tendo em conta a estrutura de gestão partilhada entre aquelas sociedades, as suas participações em partes iguais na subsidiária e a responsabilidade partilhadas pelos dois co-directores, seria de presumir que as sociedades-mãe tinham exercido, em partes iguais, influência sobre o comportamento da sociedade-filha e, bem assim, que tinham recebido as mesmas informações relativamente à participação da Glucona na prática restritiva da concorrência.

---

<sup>188</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 27 de Setembro de 2006, Coöperatieve Verkoop – en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA contra Comissão das Comunidades Europeias, T-314/01, ECLI:EU:T:2006:266.

Tendo em conta o *supra* exposto, o Tribunal negou provimento ao recurso interposto pelas visadas, considerando que, *in casu*, se aplicava a presunção e que as sociedades-mãe não haviam sido capazes de a ilidir.

No caso daqueles autos, as participações sociais na sociedade-filha, a Glucona, estavam divididas em partes iguais equivalentes a 50% em cada uma das sociedades-mãe, a Avebe e a Akzo<sup>189</sup>.

A Avebe contestou a circunstância de a presunção de influência decisiva ter sido fundamento da sua responsabilização quando, em bom rigor, detinha apenas metade das participações sociais na Glucona, encontrando-se esta detenção muito aquém de uma situação de domínio total.

Contudo, o Tribunal considerou que se tratava de situação análoga à que esteve na origem, por exemplo, do Acórdão Stora – relação de domínio total – uma vez que o contrato de sociedade da Glucona previa que aquelas sociedades podiam exercer conjuntamente o poder de direcção na dominada, determinando conjuntamente a linha de acção da mesma no mercado<sup>190</sup>.

Deste entendimento, parece que podemos concluir que, muito embora a presunção tenha surgido tendo por base uma detenção a 100%, tal requisito, hoje, já não é de verificação necessária ou sequer exigível para que a Comissão se possa valer da presunção.

Tal desenvolvimento é, a nosso ver, pernicioso e cria condições para que a presunção se possa vir a verificar independentemente da percentagem de detenção de capital, o que, face a tudo quanto antecede, não pode senão ser de rejeitar em absoluto, uma vez que, a admitir-se sequer aquela presunção, a mesma apenas se admitirá verificados que se encontrem determinados requisitos, os quais não podem ser flexíveis consoante o caso.

---

<sup>189</sup> Cf. n.º 130 do Acórdão.

<sup>190</sup> Cf. n.ºs 138 e 139 do Acórdão.

A tudo acresce que, a aceitar-se a presunção de influência decisiva, a possibilidade de a mesma ser ilidida no caso concreto não pode ser apenas uma mera possibilidade abstracta, à mercê das considerações casuísticas da Comissão, das autoridades nacionais ou dos tribunais.

Os critérios para o afastamento da presunção devem estar determinados *a priori* e de forma precisa e rigorosa, garantindo à sociedade dominante que a sua demonstração factual levará ao afastamento da presunção e, consequentemente, à impossibilidade de a mesma vir a ser responsabilizada pelas práticas restritivas da concorrência levadas a cabo única e exclusivamente pela dominada.

Tal determinabilidade é absolutamente indispensável à salvaguarda e efectividade das garantias de defesa de que a sociedade-mãe goza por efeitos da sua participação, na qualidade de visada, em qualquer procedimento ou processo de natureza *quasi-criminal*<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> A pugnar por esta natureza e a acrescer a tudo o que já referimos, vejam-se ainda as Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 26 de Outubro de 2010 no âmbito do Processo C-352/09P (disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0352&from=ES>), onde o Advogado-Geral afirma que, “[e]mbora este procedimento não recaia *stricto sensu* na matéria penal, não deixa de assumir uma natureza quase repressiva. Com efeito, as coimas referidas no artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003 são, pela sua natureza e importância, equiparáveis a uma sanção penal e a Comissão, tendo em conta as suas funções de averiguação, de instrução e de decisão, intervém antes de mais de forma repressiva em relação às empresas. Em minha opinião, o referido procedimento constitui «matéria penal» na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e, consequentemente, deve apresentar as garantias previstas pela vertente penal desta disposição. Esta posição segue inteiramente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Esta segue três critérios para determinar se uma acusação constitui matéria penal, ou seja, a qualificação jurídica da infracção em direito interno, a natureza repressiva e dissuasora da sanção, bem como a severidade da sanção que, *a priori*, é susceptível de ser aplicada à pessoa em causa. O primeiro critério tem valor meramente formal e relativo e os outros dois são alternativos. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem adoptou este raciocínio através de numerosas sanções administrativas, entre as quais figuram as sanções aplicadas pelas autoridades nacionais de concorrência. Com efeito, tendo em conta o objectivo do direito da concorrência (salvaguarda da ordem pública económica), da natureza das sanções (efeito simultaneamente preventivo e punitivo, desprovido de qualquer ideia de reparação de um prejuízo) e da importância destas (sanção pecuniária de montante elevado), segundo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, estes procedimentos devem estar submetidos às garantias estabelecidas no artigo 6.º da CEDH” (cf. parágrafos 49 e 50).

Com efeito, entendemos que a sociedade-mãe deve poder ter acesso, de antemão, a critérios que permitam demonstrar e provar que, sem prejuízo do domínio total – ou de qualquer outro grau de domínio –, não exerce influência decisiva sobre a sociedade-filha ou que, pelo menos naquele caso em concreto, não exerceu qualquer tipo de influência decisiva e que a sociedade-filha determinou a sua conduta no mercado de forma autónoma<sup>192</sup>. Só assim a sociedade-mãe pode conformar a sua conduta por forma a não vir a ser responsabilizada por acções ou omissões que não lhe sabia serem imputáveis e que, convenhamos, muito dificilmente consegue evitar.

A este propósito, note-se, a título meramente exemplificativo, que a Comissão já proferiu decisões<sup>193</sup> nas quais defende que a existência de uma representação legal una entre sociedades mãe e filha no procedimento perante si é indício forte da falta de autonomia da subsidiária, daí retirando que a presunção não pode ser ilidida<sup>194/195</sup>.

Nos antípodas, contudo, já proferiu decisões em que rejeita o argumento apresentado pela sociedade dominante em sentido contrário, *rectius*, entende que o facto de dominante e dominada apresentarem uma defesa independente durante o procedimento não é relevante para efeitos de afastamento da presunção ou, pelo menos, como indício de que aquela primeira não exerce qualquer influência decisiva na segunda<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Na eventualidade de estes critérios de afastamento virem a ser definidos, continua a pesar sobre a sociedade-mãe o facto de a mesma ter de, por força da presunção, provar um facto negativo, tarefa extremamente complexa e, *de per se*, pouco compatível com a presunção de inocência (LANG, John Temple – “How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved?” (...), *op. cit.*, p. 1490).

<sup>193</sup> V.g., Decisão da Comissão de 24 de Julho de 2002 relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/E-3/36 700 – Gases industriais e medicinais), publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 84, 46.º ano, 1 de Abril de 2003.

<sup>194</sup> Neste sentido, v.g., MONTESA, Aitor & GIVAJA, Ángel – “When Parents Pay for their Children’s Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios” (...), *op. cit.*, p. 566.

<sup>195</sup> Este argumento não deixa de ser, a bem da verdade e com todo o respeito, absolutamente ridículo, porquanto, não raras vezes, empresas sem qualquer tipo de relação societária entre si, apresentam uma defesa comum, sendo que de tão simples e comum facto não se deveria poder retirar qualquer conclusão.

<sup>196</sup> V.g., Decisão da Comissão, de 26 de Maio de 2004, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE relativamente às empresas The Topps Company Inc, Topps Europe

Bem se perceberá que este casuísmo não poderá manter-se, porquanto se configura completamente atentatório de qualquer núcleo mínimo de garantias de defesa<sup>197</sup>.

Importante para afastar a aplicação da presunção poderia ser, por exemplo, a delimitação dos mercados em que as sociedades visadas actuam.

Assim, nos casos em que a subsidiária leva a cabo uma actividade que em pouco se relaciona com a actividade levada a cabo pela sociedade-mãe, indiciar-se-ia uma tendencial impossibilidade prática de a sociedade-mãe exercer sobre a filha uma influência dominante, uma vez que aquela não é a sua área de especialização.

Por outro lado, o facto de a sociedade-mãe ter um interesse puramente financeiro na subsidiária, sendo ou assemelhando-se a uma mera gestora de participações sociais, também indicia que a primeira não exerceu, nem tem intenção de exercer, qualquer tipo de influência sobre a conduta da segunda no mercado<sup>198/199</sup>.

---

Limited, Topps International Limited, Topps UK Limited e Topps Italia SRL (Processo COMP/C-3/37.980 — Souris-Topps), publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 353/5 de 13 de Dezembro de 2006.

<sup>197</sup> Neste sentido, HOFSTETTER, Karl & LUDESCHER Melanie - “Fines against parent companies in EU antitrust law: setting incentives for ‘best practice compliance’”, *World Competition Law and Economics Review*, Março 2010, 33, N.º 1, p. 55, onde se pode ler o que segue: “*antitrust fines against corporations, be they subsidiaries or parent companies, should primarily be aimed at deterrence and therefore based on fault. Absent any direct involvement in the antitrust violations of the top representatives of a corporation, fault on the part of the company should be defined as a deficiency in its compliance organization*”.

<sup>198</sup> Não obstante, vide o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de Novembro de 2013, Kendrion contra Comissão Europeia, C-50/12 P, ECLI:EU:C:2013:771 e o Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 20 de Janeiro de 2011, General Química SA e Outros contra Comissão Europeia, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, onde se pode ler que: “*In the specific case in which a holding company holds 100% of the capital of an interposed company which, in turn, holds the entire capital of a subsidiary of its group which has committed an infringement of EU competition law, there is a rebuttal presumption that that holding company exercises decisive influence over the conduct of the interposed company and also indirectly, via that company, over the conduct of that subsidiary. Consequently, in that specific situation, the Commission is entitled to require the holding company to pay the fine imposed on the last subsidiary of the group jointly and severally, unless the holding company can rebut that presumption by demonstrating that either the interposed company or the subsidiary operates independently on the market*”.

Não obstante, como decorre da jurisprudência que enunciámos *supra*, as visadas em procedimentos jusconcorrenciais deparam-se com grandes dificuldades de prova no que toca aos elementos que as mesmas podem apresentar para ilidir a presunção, sujeitando-se a um casuísmo inadmissível e absolutamente infundado, que, não raras vezes, desemboca na conclusão de não ser, na prática, ilidível aquela presunção<sup>200</sup>.

Perante tal cenário, somos obrigados a concluir, uma vez mais, que aquela presunção serve, única e exclusivamente, os interesses persecutórios da Comissão e, eventualmente, os das autoridades nacionais da concorrência.

Na verdade, o seu fito é só um: facilitar a prolação de decisões condenatórias que incluam sociedade dominante e dominada por forma a que a coima, que é calculada tendo por base o valor agregado do volume de negócios de ambas, seja de valor (consideravelmente) superior.

Não vislumbramos que possa ser outra a *ratio* que lhe subjaz.

À luz destas considerações, o que vem de surpreender é, na verdade, a reiterada aceitação de tal presunção por parte dos tribunais<sup>201</sup>, os quais, como vimos, parecem

---

<sup>199</sup> Vide, LANG, John Temple – “How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved?” (...), *op. cit.*, p. 1496.

<sup>200</sup> Neste sentido, v.g., HOFSTETTER, Karl & LUDESCHER Melanie – “Fines against parent companies in EU antitrust law: setting incentives for ‘best practice compliance’” (...), *op. cit.*, p. 60.

<sup>201</sup> No sentido de que as presunções são admissíveis à luz do artigo 6.º da CEDH cumpridas que se encontrem determinadas condições, vide, o n.º 28 do Acórdão do TEDH de 7 de Outubro de 1988, Salabiaku contra França, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>, onde se pode ler o seguinte: “[t]his shift from the idea of accountability in criminal law to the notion of guilt shows the very relative nature of such a distinction. It raises a question with regard to Article 6 para. 2 (art. 6-2) of the Convention. Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law. If, as the Commission would appear to consider (paragraph 64 of the report), paragraph 2 of Article 6 (art. 6-2) merely laid down a guarantee to be respected by the courts in the conduct of legal proceedings, its requirements would in practice overlap with the duty of impartiality imposed in paragraph 1 (art. 6-1). Above all, the national legislature would be free to strip the trial court of any genuine power of assessment and deprive the presumption of innocence of its substance, if the words “according to law” were construed exclusively with reference to domestic law. Such a situation could not be reconciled with the object and purpose of Article 6 (art. 6), which, by protecting

também eles adoptar aqueles fins persecutórios como fins primordiais no processo, à revelia de todas as garantias que, como é sua função, deviam assegurar.

Isto porque, os tribunais têm vindo a considerar que a presunção de influência decisiva não viola o princípio da presunção de inocência na medida em que aquela se assume como uma presunção ilidível<sup>202</sup>, o que, contudo, como já tivemos oportunidade de constatar e demonstrar, não corresponde à verdade.

Em bom rigor, de nada vale afirmar-se, na teoria, que uma determinada presunção é ilidível, quando, na prática, se verifica que os argumentos avançados pelas visadas – os quais têm sido, ao longo dos tempos, os mais variados – têm todos o mesmo destino, que é o do não provimento<sup>203</sup>.

Deste modo, face a tudo quanto antecede, não podemos senão concluir que aquele argumento da possibilidade de ilidir a presunção é um argumento falacioso que não tem qualquer correspondência com a realidade material dos processos e que, em consequência, a presunção de influência decisiva viola, sem sombra para dúvidas, o princípio da presunção de inocência.

Entendemos, em jeito de conclusão, que cabe aos tribunais a importantíssima tarefa de definir os elementos que podem, no mínimo, indiciar que uma determinada subsidiária determina a sua conduta no mercado de forma autónoma e, bem assim, distinguir os casos em que a presunção é admissível de todos os outros nos quais a

---

*the right to a fair trial and in particular the right to be presumed innocent, is intended to enshrine the fundamental principle of the rule of law (see, inter alia, the Sunday Times judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 34, para. 55). Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence. The Court proposes to consider whether such limits were exceeded to the detriment of Mr Salabiaku”.*

<sup>202</sup> V.g., Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 13 de Julho de 2011, General Technic-Otis Sàrl *et al.* contra Comissão Europeia, T-141/07, T-142/07, T-145/07 e T-146/07, ECLI:EU:T:2011:363 (n.os 71 e ss.).

<sup>203</sup> A este propósito, *vide*, a esquematização de alguns dos argumentos que têm vindo a ser apresentados pelas partes, in JOSHUA, Julia, BOTTEMAN, Yves e ATLEE, Laura – “You Can’t Beat the Percentage” – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement (...), *op. cit.*, p. 7.



Comissão tem que cumprir um *standard* de prova mais exigente e mais consentâneo com a sua tarefa acusatória.

Caso assim não seja, corre-se o risco de a Comissão fazer – como nos parece já ter feito – uso abusivo da presunção, aplicando-a de forma cega, independentemente das características do caso concreto, tudo com grave prejuízo não só das mais fundamentais garantias de defesa, como, em especial, do princípio da presunção de inocência, que se aplica a estes procedimentos em virtude não só da sua natureza – que em muito se aproxima de um processo penal em sentido estrito – como em virtude da gravidade das sanções que, a final, podem vir a aplicar-se a todas as visadas.

## V. Proposta alternativa de resolução do problema

### 1. Em geral

Sem prejuízo de tudo quanto vem dito, mormente, sem prejuízo de considerarmos que a presunção de influência decisiva tal como tem vindo a ser sustentada, não é, de todo, admissível à luz do princípio da presunção de inocência – que consideramos, nos termos *supra* expostos, aplicável aos processos contra-ordenacionais no âmbito de infracções do direito da concorrência – não podemos, sob pena de perdermos essa oportunidade, deixar de fazer algumas breves referências ao fenómeno do *compliance*<sup>204</sup> e ao seu potencial no presente domínio.

Muito embora o próprio TJUE já se tenha pronunciado em sentido contrário<sup>205</sup>, parece-nos que relevantes para refutar a presunção de influência decisiva poderão vir a

---

<sup>204</sup> O qual, em boa verdade, surge como verdadeira reacção à consagração e ao alastramento da responsabilidade por ilícitos penais e contra-ordenacionais das pessoas colectivas. Neste sentido, *vide*, ROTSCH, Thomas – “Criminal Compliance”, *InDret*, 1/2012, p. 7.

<sup>205</sup> Veja-se, a título meramente exemplificativo, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Junho de 2016, Evonik Degussa GmbH (anteriormente, AlzChem AG) contra Comissão Europeia, C-155/14 P, ECLI:EU:C:2016:446, processo em que as recorrentes alegavam que a sociedade dominante havia ordenado expressamente o gerente da dominada proibindo a celebração, relativamente aos produtos de dessulfuração de ferro fundido, de acordos com concorrentes e que, não obstante, a dominada havia incumprido essa ordem expressa, pelo que a dominante não podia vir a ser responsabilizada por aquela conduta, porquanto se havia demonstrado que, sem prejuízo da detenção da totalidade do capital social, aquela sociedade não exercia, na prática, qualquer influência decisiva e a dominada actuava de forma autónoma no mercado. O TJUE, contudo, considerou que “(...) o facto de uma filial não cumprir uma instrução dada pela sua sociedade-mãe não pode ser suficiente, por si só, para demonstrar que esta última não exerce efetivamente uma influência determinante sobre aquela, uma vez que o Tribunal de Justiça teve ocasião de precisar que não é necessário que a filial aplique todas as instruções da sua sociedade-mãe para demonstrar a existência de uma influência determinante, sem prejuízo de o desrespeito das instruções dadas não ser a regra (v., neste sentido, Acórdão de 24 de junho de 2015, Fresh Del Monte Produce/Comissão e Comissão/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416, n.os 96 e 97)”. De certo modo no mesmo sentido, v.g., WILS, Wouter P.J. – “Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Abril 2013, Vol. 1, N.º 1, pp. 20 a 32. Em sentido contrário, GERADIN, Damien – Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013, p. 20.

ser os programas de *compliance*<sup>206</sup>, que se consubstanciam, por um lado, na adopção de manuais de conduta, cujo objectivo final é o de evitar a prática de infracções no seio da organização – que é, as mais das vezes, extremamente complexa – e, por outro lado, na implementação de um sistema de controlo interno da aplicação desses mesmos manuais de conduta.

Numa sociedade cada vez mais regulamentada e, por inerência, de pendor sancionatório da violação de normas vigentes em âmbitos regulamentados, as empresas têm vindo a sentir necessidade de alterar o seu modo de actuação, *rectius*, de um modo de actuação reactivo para um modo de actuação preventivo.

Passam assim a (tentar) actuar a montante e já não a jusante.

Este crescente esforço preventivo está também correlacionado com a complexificação das organizações e com a crescente dificuldade de controlo da sua dimensão, sendo, assim, cada vez mais premente a necessidade de estabelecer regras e mecanismos de controlo da actuação dos vários agentes que com a organização colaboram e contactam numa base diária.

A verdade é que, não raras vezes, a pessoa colectiva actua em vários sectores económicos, sendo-lhe aplicáveis os mais variados diplomas legais – muitos deles dotados de consideráveis graus de tecnicidade – os quais, por sua vez, punem como contra-ordenações as mais variadas condutas.

A proliferação de subsistemas contra-ordenacionais – a par da generalização da responsabilização penal e contra-ordenacional da pessoa colectiva pela prática de ilícitos – é, a nosso ver, causa directa da crescente importância das matérias relacionadas com o *compliance*.

---

<sup>206</sup> Neste sentido, cf., por exemplo, MICKONYTÉ, Aisté – “Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law” (...), *op. cit.*, p. 49.

Sem prejuízo da importância que cremos que o *compliance* tem vindo a ganhar, concordamos com PAULO DE SOUSA MENDES<sup>207/208</sup>, no sentido de que a “(...) a existência de programas de *compliance* [não tem] efeitos automáticos de dispensa ou redução das sanções aplicáveis”.

Ou seja, não basta que as pessoas colectivas se façam munir, em teoria, dos mais perfeitos e blindados códigos de conduta internos, sendo sempre necessário que os mesmos sejam, na prática, não só vinculativos para todos os que com a organização se relacionam, como, bem assim, efectivos<sup>209</sup>.

Tal parece ser, em nossa opinião, o maior desafio a apontar à sedimentação do *compliance* no nosso ordenamento jurídico.

Na verdade, as pessoas colectivas, muito embora possuam códigos de conduta vigentes, têm, num momento posterior, alguma dificuldade em provar não só a sua efectividade como, ainda, que, no caso concreto, funcionaram os seus normativos, devendo, conseqüentemente, ser atenuada ou, eventualmente, excluída a respectiva responsabilidade<sup>210/211</sup>.

---

<sup>207</sup> In “Law Enforcement & Compliance”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 14.

<sup>208</sup> Neste sentido, vide, também VILELA, Alexandra – “A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do ‘Estado Regulador’”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 107-108.

<sup>209</sup> Sobre as possíveis etapas para a efectiva implementação de programas de cumprimentos, vide, BRITO, Teresa Quintela de – “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes” (...), *op. cit.*, p. 80.

<sup>210</sup> No sentido de que o *compliance* é um mero instrumento de controlo social, vide, BUSATO, Paulo César – “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 26, onde o A. afirma que o *compliance* “[f]unciona no âmbito empresarial, mas é uma forma de controle para produzir efeitos de cumprimento geral das normas, o que representa um resultado que interessa colectivamente à sociedade. Não é admissível convertê-lo em um instrumento desviado de tal rol de interesse colectivo, facilitador do afastamento da responsabilidade criminal por resultados socialmente desvalorados”. Ainda que, mais adiante, a páginas 50 e 51), o A. conceba o *compliance* como atenuante a funcionar na determinação da concreta medida da pena.

<sup>211</sup> Para uma colocação dos problemas de prova relativos à vigência de manuais de conduta, cf. NEIRA PENA, Ana María – “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política criminal* [online], 2016, Vol. 11, N. 22, pp. 467-520,

Tal tarefa parece-nos ainda mais difícil à luz das normas que sobre estas matérias versam – ou podem versar – no nosso ordenamento jurídico.

Em bom rigor, a adopção e implementação efectiva de códigos de conduta por parte das pessoas colectivas tem vindo a ser, a nosso ver, ignorada pelo legislador<sup>212/213</sup>.

Não obstante este silêncio do legislador<sup>214/215</sup>, parece-nos possível fazer relevar a implementação de manuais de conduta<sup>216</sup> em sede de atribuição de responsabilidade penal e contra-ordenacional à pessoa colectiva<sup>217</sup>.

---

disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>, onde, em suma, se conclui que “[p]or lo tanto, partiendo de la relevancia de los programas de cumplimiento normativo como objeto de prueba, en aquellos procesos penales en que se enjuicie la responsabilidad criminal de una persona jurídica, habrá que determinar cuáles son los medios de prueba idóneos para acreditar procesalmente la eficacia de tales programas. La prueba documental resulta clave ya que sirve para introducir en el proceso los códigos, las políticas y los protocolos de actuación diseñados por la entidad para el desarrollo de su tarea de prevención delictiva, así como aquellas evidencias, en papel o electrónicas, que la aplicación práctica del programa vaya generando, asegurando, de este modo, la trazabilidad de la actividad de cumplimiento penal. Sin embargo, en tanto que tales programas deben encontrarse efectivamente vigentes en las dinámicas y actividades de la organización y deben de ser supervisados, actualizados y, en su caso, certificados o auditados por entidades independientes, la prueba documental resulta insuficiente, debiendo completarse con testificales y periciales que acrediten la vigencia del programa, su carácter dinámico, su capacidad para condicionar el comportamiento de los miembros de la organización y, en definitiva, el compromiso de la entidad con la cultura de cumplimiento de la legalidad que debe regir sus actuaciones”.

<sup>212</sup> Para outros desenvolvimentos, vide, JÚNIOR, Filipa Marques e MEDEIROS, João – “A elaboração de programas de *compliance*”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 132 e ss.

<sup>213</sup> Tal vista grossa é a nosso ver de difícil compreensão, porquanto, a par de todas as evidentes vantagens que a implementação de manuais de conduta promove, não pode também esquecer-se que a sua relevância para efeitos da Lei teria, também, a virtualidade de deslocar determinados custos para a esfera das empresas, passando estas últimas a suportar os custos de prevenção, com a consequente, e ainda que mínima, diminuição dos custos punitivos que são assumidos pelo Estado.

<sup>214</sup> O qual contrasta, significativamente, com a opção legislativa do código penal espanhol, o qual, desde 1 de Julho de 2015 (por efeito da Lei Orgânica n.º 1/2015 de 15 de Março), atribui relevância aos programas de *compliance*, nos seguintes termos: se o crime for cometido pelos representantes legais ou por aqueles que, actuando individualmente ou como parte integrante de um órgão da pessoa colectiva, estão autorizados a tomar decisões em nome desta última ou assumem posições de organização ou controlo no seio da mesma, a pessoa colectiva estará isenta de responsabilidade se se verificarem cumpridas as seguintes condições: (i) o órgão de administração adoptou e executou com eficácia, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão que incluem medidas de vigilância e controlo idóneas para prevenir delitos da mesma natureza ou para reduzir, de forma significativa o risco da sua comissão, (ii) a

---

supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implementado foi confiada a um órgão da pessoa colectiva com poderes autónomos de iniciativa e de controlo ou que esteja legalmente incumbido da função de supervisionar a eficácia dos controlos internos da pessoa colectiva, (iii) os autores individuais cometeram o crime em fraude aos modelos de organização e prevenção e (iv) não se verificou, da parte do órgão referido (v), uma omissão ou um exercício insuficiente das suas funções de supervisão, vigilância e controlo (trad. livre do n.º 2 do artigo 31 bis do código penal espanhol). A verificação cumulativa de tais condições é, em si, *conditio sine qua non* do afastamento da responsabilidade da pessoa colectiva, sendo que, contudo, o código penal espanhol admite ainda, nos casos em que aquelas condições não se encontrem, todas elas verificadas, a sua valoração para efeitos de atenuação da pena concretamente aplicável. Mas não se fica por aqui, estabelecendo ainda os requisitos que os modelos de organização e gestão devem cumprir para que possam vir a ser considerados para efeitos de atenuação ou exclusão da responsabilidade da pessoa colectiva. Os modelos de organização e gestão devem, assim: (a) identificar as actividades em cujo âmbito podem ser cometidos os delitos que devem ser prevenidos, (b) estabelecer os protocolos e procedimentos que especificam o processo de formação da vontade da pessoa colectiva, de tomada de decisões e de execução das mesmas, (c) dispor dos modelos de gestão dos recursos financeiros adequados à prevenção da comissão de delitos, (d) impor a obrigação de informar o organismo encarregado de vigiar o funcionamento e a observância do modelo de prevenção de todos os riscos ou infracções, (e) estabelecer um sistema disciplinar que sancione adequadamente o incumprimento das medidas estabelecidas pelo modelo, (f) realizar uma verificação periódica do modelo e da sua eventual alteração quando forem reveladas infracções relevantes das suas disposições ou quando se promovam mudanças na organização, na estrutura de controlo ou na actividade desenvolvida que as tornem necessárias. Para mais desenvolvimentos, v.g., DIEZ RIPOLLÉS, José Luis – “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret* 1/2012, pp. 1 a 32.

<sup>215</sup> Muito embora nos pareça que tal está em vias de mudar, encontrando-se esse sinal de mudança, por exemplo, na Lei n.º 83/2017 de 18 de Agosto, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e que prevê, nos seus artigos 12.º a 22.º, um dever de controlo que, em parte, significa que as entidades obrigadas nos termos daquele diploma devem definir e aplicar, de forma eficaz e em permanência, as políticas, procedimentos e controlos – verdadeiros códigos de conduta – que se mostrem adequados à prossecução dos fins preventivos previstos no diploma, sendo que as políticas, procedimentos e controlo devem ser comuns a todas as entidades obrigadas que se encontrem, com outras, em relações societárias grupais.

<sup>216</sup> E quiçá também da realização periódica de investigações internas direccionadas à verificação do cumprimento dos normativos corporativos. A propósito da crescente importância das investigações internas, vide, BRAITHWAITE, John – “Enforced Self-Regulation: a new strategy for corporate crime control”, *Michigan Law Review*, Junho 1982, Vol. 80, pp. 1467 a 1470.

<sup>217</sup> Aqui, concordamos com FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, quando o A. afirma que “(...) estamos perante uma tendência absolutamente marcante na evolução do controlo da criminalidade económica empresarial e que traz novos e relevantes problemas para os sistemas penais tradicionais. Numa breve palavra, os sistemas penais têm que se articular com estas novas realidades, sem perder a centralidade dos critérios de imputação, sem transferir a investigação criminal para fora do processo e sem perder a autonomia e a capacidade crítica no tratamento das informações recebidas” (in “Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico”, *Católica Law Review*, Novembro 2017, Vol. I, N.º 3, p. 108).

No Código Penal, por exemplo, é de destacar o disposto no artigo 11.º, n.º 6, o qual prevê que “[a] responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito”.

Muito embora, na redacção daquele normativo, não nos pareça que o legislador tenha tido em mente, especificamente, os códigos de conduta como válidas ordens e instruções expressas subsumíveis ao *supra* referido e sem prejuízo de a lei nada especificar quanto àquelas ordens ou instruções, em nossa opinião, tal subsunção parece possível.

No âmbito da regulamentação penal, julgamos ainda relevante chamar à colação os artigos 71.º, n.º 2, alínea a)<sup>218</sup> e 72.º, n.º 1 do CP, o qual admite uma atenuação especial da pena, “quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena”, porquanto, no entender de alguma doutrina<sup>219</sup>, tal conferiria, ainda que indirectamente, relevo aos manuais de conduta.

Contudo, parece-nos que tal é uma hipótese longínqua.

O normativo referido tem uma redacção que, a nosso ver, não permite sustentar aquele entendimento.

Das duas uma, ou a pessoa colectiva implementou códigos de conduta, emanando, desse modo, ordens expressas dirigidas a todos os seus colaboradores – ou pelo menos a todos aqueles que pudessem actuar em sua representação – e, ainda assim, se verificou a comissão de um ilícito por parte daqueles e, nestes casos, por via do disposto no artigo 11.º, n.º 6 do CP, não pode, à pessoa colectiva, vir a ser assacada

---

<sup>218</sup> Onde se pode ler que, “[n]a determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuseram a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: (...) o grau de violação dos deveres impostos ao agente (...);”.

<sup>219</sup> MENDES, Paulo de Sousa – “Law Enforcement & Compliance”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 14; BRITO, Teresa Quintela de – “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 59.

qualquer responsabilidade ou, então, o código de conduta implementado pela pessoa colectiva não reúne as características necessárias para poder vir a ser considerado um catálogo de ordens expressas ou de instruções e, nestes casos, não nos parece que possa ter lugar sequer uma atenuação especial da pena.

Uma atenuação especial da pena nestes casos poderia levar a que as pessoas colectivas implementassem manuais de conduta de fachada por forma a poderem vir a beneficiar de tal atenuação especial, sem, contudo, existir qualquer verdadeira preocupação com a prevenção de ilícitos penais e contra-ordenacionais no seio da sua organização.

Com efeito, julgamos que, para a temática de que ora nos ocupamos, apenas releva o disposto no artigo 11.º, n.º 6 do CP.

No que diz respeito ao direito contra-ordenacional, por seu turno, é, desde logo, de chamar a atenção para o disposto no artigo 7.º, n.º 2 do RGCO, nos termos do qual “[a]s pessoas colectivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções”.

A título de breve excursão, deve notar-se, quanto a este normativo, que o mesmo prevê a responsabilidade da pessoa colectiva em termos patentemente mais restritos do que a prevista no artigo 11.º do CP, consagrando o modelo de imputação orgânica, nos termos do qual só os actos dos órgãos responsabilizam a pessoa colectiva<sup>220/221</sup>.

A adopção de tal modelo tem vindo a ser, pelo menos desde a publicação da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro – que consagrou, no Código Penal, a responsabilidade penal das pessoas colectivas<sup>222</sup> – alvo das mais variadíssimas críticas<sup>223/224</sup>, que se

---

<sup>220</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (...)*, op. cit., p. 51 e ss.

<sup>221</sup> Para alguns desenvolvimentos que nos parecem relevantes, cf. BAPTISTA, Alexandre Leite – “*Compliance* em processo contra-ordenacional: da alegação à decisão através da prova”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 346-364.

<sup>222</sup> Para breves desenvolvimentos, vide, a título meramente exemplificativo, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral (...)*, op. cit., pp. 301-303 e MEIRELES, Mário Pedro –



resumem, no seu essencial, ao espaço de punibilidade que é deixado em branco com a adopção de tal modelo restritivo de imputação, principalmente quando comparado com os termos em que pode vir a ser efectivada a responsabilidade penal de harmonia com o artigo 11.º do CP<sup>225</sup>.

---

“A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: algumas notas”, *Julgar*, 2008, N.º 5, pp. 121 a 138.

<sup>223</sup> V.g., PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa – “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal” (...), *op. cit.*, p. 52 (nota de rodapé n.º 79); MOUTINHO, José Lobo – *Direito das Contra-Ordenações, Ensinar e Investigar* (...), *op. cit.*, p. 35; RIBEIRO, João Soares – *Contra-Ordenações Laborais, Regime Jurídico Anotado contido no Código de Trabalho*, 2.ª Edição, 2003, Coimbra: Almedina, pp. 228 e 229; SERRA, Teresa – “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Abril-Junho 1999, Ano 9, Fasc. 2º, p. 194; VILELA, Alexandra – “A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do ‘Estado Regulador’” (...), *op. cit.*, p. 115.

<sup>224</sup> Também neste sentido e para mais desenvolvimento a propósito da responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas, *vide*, PARECER CONSULTIVO N.º 11/2013 – Procuradoria-Geral da República, *in* Diário da República, 2.ª Série, N.º 178, 16 de Setembro de 2013.

<sup>225</sup> A este propósito, cf., DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações* (...), *op. cit.*, pp. 92 e 93, A. que afirma o seguinte: “[p]or fim, o modelo de imputação apresenta algumas diferenças. Enquanto no CP vigora um modelo de responsabilidade por intermediação, que passa, como o próprio nome indica, pela imputação do ilícito típico a uma pessoa singular que ocupa uma posição de liderança na pessoa colectiva e actua em nome e no interesse desta, o art. 7.º do RGCO, conservando o mesmo modelo, dá-lhe, todavia, uma conotação orgânica. Na verdade, o art. 7.º, n.º 2 requer que a contra-ordenação tenha sido praticada pelos «órgãos» das pessoas colectivas, devendo entender-se como tal os centros de poder funcionais, de natureza institucional ou estatutária, que dirigem, representam e exprimem a vontade da pessoa colectiva. Deste modo, o preceito exige igualmente a intervenção de uma entidade mediadora, limitada, todavia, aos órgãos dirigentes da pessoa colectiva. Este critério de imputação orgânica acaba por ser mais restritivo do que o do art. 11.º, n.º 2 do CP pois deixa de fora os casos em que é um dirigente da pessoa colectiva que comete a contra-ordenação ou dá a ordem para que seja cometida, bem como os casos em que o executante é mandatário, representante ou funcionário da pessoa colectiva e actua no exercício de funções. Em todos estes casos, o facto típico só é punível ao órgão e, por via deste, à pessoa colectiva por ele vinculada, se o dirigente, mandatário, representante, ou funcionário tiverem agido no cumprimento de ordens desse órgão ainda que genéricas. Esta limitação, obstando a que a actuação funcional destes sujeitos seja atribuível à esfera jurídica da pessoa colectiva em cujo nome ou por conta da qual agem, é em nossa opinião criticável por ser inadequada à natureza da responsabilidade contra-ordenacional e de certo modo contraditória com o princípio da equiparação implícito o art. 7.º, n.º 1”.

Regressando ao tema, é de notar que também o RGCO contém uma disposição relativa à atenuação especial da punição por prática de ilícito contra-ordenacional (cf. artigo 18.º, n.º 3), relativamente à qual se reiteram as conclusões que *supra* tecemos.

Quanto a este diploma, pode também concluir-se que o mesmo não contém norma semelhante à do artigo 11.º, n.º 6 do CP, o que poderia querer significar que é irrelevante, para efeitos de responsabilização contra-ordenacional da pessoa colectiva, o facto de o agente ter actuado contra ordens e instruções expressas de quem de direito.

Não obstante, considerando que aquela norma do Código Penal é posterior à entrada em vigor do RGCO e por via da remissão operada pelo artigo 32.º do RGCO, somos de concluir que aquela primeira tem aplicação plena no domínio das contra-ordenações.

Assim, em qualquer um dos âmbitos, a responsabilidade da pessoa colectiva não pode vir a ser lograda quando a mesma tenha emanado, por quem de direito, ordens ou instruções expressas que tenham sido ignoradas pelo agente do crime<sup>226</sup>.

Por fim, no que diz respeito ao específico critério da Lei da Concorrência, veja-se o artigo 73.º, n.º 2, o qual adopta o modelo de imputação do Código Penal<sup>227</sup>.

Todavia, também neste diploma não se encontra disposição semelhante à do artigo 11.º, n.º 6 do CP, o que, em nossa opinião, parece propugnar no sentido de que a exclusão da responsabilidade da pessoa colectiva não é aplicável no âmbito do regime de imputação estabelecido pela Lei da Concorrência. Até porque, convenhamos, o legislador de 2012 já conhecia, certamente, a opção do legislador penal de 2007.

---

<sup>226</sup> A este propósito e para mais desenvolvimentos, *vide*, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Junho de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 7402/11.5TBMAI.P1 e disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), em cujo sumário se pode ler que “*III – Se o funcionário agir espontaneamente, sem estar a obedecer a ordens genéricas, ou num quadro de acção previamente definido pelos órgãos da sociedade, não é a esta entidade que pode imputar-se o facto, mas ao próprio agente*”. E, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Junho de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 4679/11.0TBMAI.P1 e disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>227</sup> Nas palavras de ALEXANDRA VILELA, um “*modelo da responsabilidade do representante ou da responsabilidade vicarial*” (in “A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do ‘Estado Regulador’” (...), *op. cit.*, p. 116).

Tal opção legislativa não pode senão causar, no mínimo, uma certa estranheza, por ser ilógico que a pessoa colectiva possa vir a ser responsabilizada por factos praticados pela pessoa individual contra ordens e instruções expressas daquela primeira.

Talvez nesta sede fizesse sentido a interpretação do conteúdo do artigo 73.º, n.º 2, alínea b) da Lei da Concorrência, no sentido de que, por essa via, os manuais de conduta implementados na organização poderiam vir a ser relevantes em sede de responsabilização da pessoa colectiva.

Mas não nos parece que tal possa fazer sentido.

Imagine-se que um determinado colaborador, contra ordens e instruções expressas de pessoa que ocupa uma posição de liderança, comete uma infracção punível com coima.

Em casos como este não poderá ainda dizer-se que quem ocupava a posição de liderança, muito embora tivessem sido dadas ordens expressas em contrário, possa ter violado os deveres de vigilância e controlo que sob o mesmo recaem?

Parece-nos que a resposta não pode senão ser afirmativa.

Uma coisa é emitir uma ordem ou instrução expressa, outra – em regra, posterior – é o cumprimento dos deveres de vigilância ou controlo.

Neste cenário, julgamos que o legislador deveria ter ido mais além e devia ter consagrado, também no âmbito dos processos contra-ordenacionais por infracções às normas jusconcorrenciais, regra semelhante à do artigo 11.º, n.º 6 do CP, reconhecendo, por essa via, algum relevo aos mais recentes desenvolvimentos nos temas de *compliance*.

## 2. Em especial

Feito aquele breve enquadramento dos principais contornos do *compliance*, interessa-nos agora explicitar a potencialidade do mesmo no caso de que ora nos ocupamos.

Aquilo que se pretende, no fundo, é a construção de um método que auxilie as empresas na tarefa de ilidir a presunção de influência decisiva – mais uma vez, sem prejuízo das considerações que já fomos tecendo acerca da mesma.

Ora, se o grupo de sociedades, onde se incluem sociedade dominante e dominada, adopta um manual de conduta através do qual, por um lado, emanam ordens e instruções expressas, claras e completas quanto à proibição de comissão de ilícitos sancionados pelo direito da concorrência e, por outro lado, estatuem regras claras de hierarquia e separação entre as várias sociedades do grupo, as quais são, no seio de cada sociedade, incorporadas e densificadas nos respectivos estatutos, parece-nos que tal não pode deixar de ser relevante para o afastamento daquela presunção.

Se a sociedade dominante consegue provar que implementou, no grupo e sem prejuízo da percentagem que detém no capital social da dominada, a autonomia entre as sociedades que o compõem, assumindo aquela uma posição de cúpula, não intervindo na gestão diária das suas subsidiárias, está dado o primeiro passo para a defesa da dominante contra a presunção de influência decisiva.

Dado este passo, sugerimos que se admita que os programas de *compliance* implementados pela sociedade-mãe sirvam para provar que a sociedade-filha determina a sua conduta no mercado de forma autónoma e que, consequentemente, a sociedade-mãe não exerce, sobre esta, qualquer influência decisiva.

Assim, diríamos que bastará que a sociedade-mãe tenha a incumbência de munir as sociedades que compõem o grupo das ferramentas necessárias para que estas possam evitar a comissão de ilícitos através da sua organização e, bem assim, emitir ordens e

instruções expressas no que toca à prevenção, por parte daquelas sociedades, de práticas restritivas da concorrência, sendo que os deveres de vigilância e de controlo do cumprimento destes normativos internos caberiam à sociedade-filha, como aliás não podia deixar de ser.

Com efeito, é a sociedade-filha que tem a obrigação de, através da sua organização, monitorizar a sua actividade e o cumprimento não só dos normativos internos como, bem assim, das normas legais em vigor.

Tal tarefa não será melhor desempenhada pelos órgãos de gestão da sociedade-filha como não pode ser exigida da sociedade-mãe, que se posiciona, não raras vezes, em local muito distante da gestão diária das suas participadas.

A tarefa de implementação de manuais de conduta e de cumprimento dos deveres de vigilância e controlo centralizado, no actual contexto de grupos de sociedades internacionais de dimensão muitas vezes incomensurável, seria, sem dúvida, uma tarefa hercúlea e votada ao insucesso se a mesma coubesse, em exclusivo, à sociedade-mãe.

Na verdade, quando nos deparamos com a comissão de um ilícito por parte da sociedade-filha, não podemos deixar de concluir que, na maioria dos casos, a falha se deve única e exclusivamente a esta última.

Uma presunção em sentido contrário é, à luz de tal realidade, ilógica e irreal.

Clarificando aquilo por que se propugna, diga-se o seguinte: em sede de imputação de responsabilidade devem distinguir-se, por um lado, as ordens e instruções emanadas por quem de direito e, por outro lado, a violação dos deveres de vigilância e controlo no seio da organização.

Uma e outra são, muito embora intrinsecamente interligadas entre si, coisas distintas e, diríamos, sucedâneas. Existindo a primeira, a segunda terá de a suceder.

Com efeito, entendemos que se trata de momentos distintos e que essa distinção permite, a nosso ver, segregar a responsabilidade entre sociedade dominante e dominada, uma vez que os deveres de vigilância e controlo não podem senão impender

sobre esta última. Assim, ainda que à sociedade-mãe coubesse a função instruir, de acordo com certas regras e princípios de ética comuns, a actividade do grupo, sempre caberia às restantes sociedades, dentro da sua organização, a vigilância e o controlo do cumprimento dessas regras e princípios éticos, bem se delimitando, deste modo, a responsabilidade pelo cumprimento de tais deveres.

A tal entendimento acrescenta-se ainda que a verificar-se a implementação no grupo, por iniciativa da sociedade-mãe, dos sobreditos códigos de conduta, não pode senão considerar-se que o não cumprimento destes normativos internos por parte da sociedade-filha – não cumprimento que se consubstancia numa infracção às normas jusconcorrenciais –, redundará numa atitude que é contrária ao interesse da sociedade-mãe, uma vez que esse interesse é o que se encontra plasmado naquelas regras de conduta, *rectius*, o interesse da prevenção das práticas restritivas da concorrência.

Por fim, entendemos que não se pode concluir, como já entendeu a jurisprudência da União Europeia, que o facto de a sociedade-mãe dirigir, às suas subsidiárias, ordens preventivas que não são cumpridas por estas, não afasta a responsabilidade daquela e que, muito pelo contrário, reforça a conclusão de que aquela exerce efectivamente, sobre as suas participadas, uma influência decisiva.

Em bom rigor, se a sociedade-mãe emana uma ordem que é cumprida, deve poder concluir-se que, em princípio, exerce influência decisiva sobre a sua subsidiária, que não define, neste tocante, a sua política de mercado de forma independente.

Por outro lado e consequentemente, caso a sociedade-mãe emane um ordem expressa que não é cumprida pela subsidiária, não pode senão concluir-se que aquela primeira não exerce, sobre esta última, qualquer tipo de influência. Neste caso, a subsidiária define a sua conduta no mercado de forma absolutamente autónoma, sendo que tal autonomia deve ainda considerar-se reforçada pelo facto de existir uma ordem da sociedade-mãe que é deliberadamente infringida.

Face a tudo quanto antecede, é nosso entendimento que os programas de *compliance*, quando vigentes e efectivos, são efectivamente relevantes para efeitos de

exclusão da responsabilidade da sociedade-mãe, permitindo que estas ilidam a presunção de influência decisiva.

Por outro lado, a valorização dos programas de *compliance* poderia sustentar uma evolução mais equilibrada da presunção de influência decisiva, admitindo, com base em critérios prévios, certos e estritos, o afastamento da presunção por parte das sociedades dominantes que, por força das suas participações em sociedades que infringem as normas jusconcorrenciais, se encontram na difícil posição de fazer prova de um facto negativo.

Num raciocínio de aplicação dos requisitos que, regra geral, fundamentam e legitimam a atribuição de responsabilidade *lato sensu* às pessoas colectivas, propomos que os códigos de conduta implementados nos termos *supra* descritos, sejam admitidos e valorados – pelos tribunais, pela Comissão e pela autoridades da concorrência nacionais – no sentido de provarem que a prática restritiva da concorrência da autoria da sociedade-filha foi cometida (i) à revelia de ordens e instruções expressas da sociedade-mãe, (ii) em detrimento do interesse da sociedade-mãe e, por fim, que (iii) não impendendo sobre esta um qualquer dever de vigilância e controlo quando à actividade da subsidiária, não pode, por falta de fundamento, a sociedade-mãe ser responsabilizada pelas condutas daquela uma vez que, por todas estas razões, é forçoso concluir que, pelo menos neste tocante, a sociedade-filha determina a sua conduta no mercado de forma autónoma.

## Conclusão

A presunção de influência decisiva, que decorre, pura e simplesmente, da relação de domínio total ou parcial que se verifica entre sociedade dominante e dominada, permite que a sociedade dominante seja responsabilizada, a título supostamente pessoal, por práticas restritivas da concorrência perpetradas pela dominada, sendo, a final, solidariamente responsável pelo pagamento da coima que assim se determinará com base no volume de negócios da empresa na acepção do direito da concorrência e já não apenas com base no volume de negócios da sociedade-filha.

Ao lançar mão a tal presunção, a Comissão logra inverter automaticamente o ónus de prova que, na qualidade de entidade que acusa, sobre a mesma sempre deveria recair – e, pelo menos em teoria, recai. Tal inversão do ónus da prova significa, na prática, não só uma desoneração probatória daquela entidade como, consequentemente, que à sociedade-mãe passará a caber a prova de um facto negativo, isto é, a prova de não exercer, sobre a sociedade-filha, uma efectiva influência decisiva.

Ainda que a presunção tenha a sua origem na necessidade de, com a aplicação de sanções pecuniárias, atingir o estágio máximo de *deterrence* – numa tentativa de dissuadir as empresas do cometimento de ilícitos jusconcorrenciais – e, ainda que os valores protegidos pelas normas que sancionam as práticas restritivas da concorrência sejam valores de relevo e importância incontestável, julgamos que a prova da detenção da totalidade do capital social não pode ser suficiente para que, desse único facto facilmente constatável, se conclua que a sociedade-mãe exerce, sobre determinada subsidiária, uma influência decisiva e que, portanto e sem mais, esta última não determinada a sua conduta no mercado de forma autónoma.

Considerando que os procedimentos em causa assumem uma natureza *quasi-criminal*, é forçoso concluir que a presunção de capital levanta inúmeras de compatibilização com as regras e princípios típicos de um processo penal *stricto sensu*, os quais consideramos que se aplicam a estes procedimentos em razão, não só da



própria natureza das condutas que se pretendem punir como, bem assim, da severidade das coimas aplicáveis.

O problema de compatibilização mais preocupante é, em nosso entender, aquele que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, nos termos do qual o acusado deve ser considerado e tratado como inocente até ao trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta garantia fundamental é absolutamente desvirtuada pela presunção de capital, que, em rigor, não encontra qualquer justificação material – nem na suposta maior facilidade que as empresas teriam, quando em comparação com a entidade que investiga, em apresentar meios de prova que permitissem ilidir a presunção, uma vez que aquelas entidades têm ao seu dispor um conjunto de poderes que permitem compelir a visadas a fornecer ao processo os mais variados elementos probatórios, auxiliando-as assim na tarefa de investigação e, conseqüentemente, retirando à presunção qualquer racionalidade prática que pudesse, sequer em tese, justificar a violação daquele princípio.

Da análise da jurisprudência da União Europeia, resulta que a teoria da unidade económica tem vindo a ganhar força, alastrando-se a factualidade para a qual não foi, na sua génese, pensada, resultando também um patente casuísmo na apreciação dos elementos de prova e argumentos que são avançados pelas empresas para a prova da sua inocência, casuísmo que redunde, quase invariavelmente, na responsabilização da sociedade-mãe. Assim, a Comissão contruiu, única e exclusivamente em função dos seus interesses persecutórios, um mecanismo que, muito embora colida directamente com as garantias que se devem acautelar nestes processos, encontrou na jurisprudência a sua legitimação quase acrítica.

Da análise da prática decisória nacional, por seu turno, pode concluir-se que a presunção, com os efeitos que a mesma pretende operar, não é, para já, aceite no nosso ordenamento jurídico, sendo que a Autoridade da Concorrência tem um entendimento mais conservador da mesma, considerando que não basta a constatação da detenção de determinada percentagem no capital social da subsidiária, sendo necessária, para que se conclua pelo exercício efectivo de influência, a apresentação de prova corroborante.

A admitir-se a presunção e os seus efeitos práticos, a mesma não poderia deixar de se assumir, na prática, como uma presunção ilidível, porquanto só assim seria compatível, no entendimento da jurisprudência dominante, com o princípio da presunção de inocência. Não obstante, da análise da prática decisória da União Europeia sobre a matéria, podemos concluir que, as mais das vezes, a presunção é, na prática, inilidível, assumindo-se como uma verdadeira presunção *iure et de iure*.

Uma presunção de culpabilidade – colectiva – que na maioria dos casos se revela inilidível, nada mais é que um passo largo em direcção a uma concepção de processo – penal e contra-ordenacional – característico de um sistema inquisitório puro de que tanto nos quisemos afastar e que é completamente aberrante a um Estado de Direito Democrático.

Impõe-se, deste modo, a sistematização de critérios, prévios, certos e estritos, que permitam assegurar, à sociedade-mãe, a possibilidade prática de ilidir a presunção, auxiliando os Tribunais na sua tarefa e impedindo, desta forma, o inconsequente casuísmo que se tem vindo a verificar. Por outro lado, tais critérios também facilitarão a actividade da sociedade-mãe, não só permitindo que a mesma consiga provar que, no caso concreto, não exerceu influência decisiva e que a dominada se determinou, no mercado, de forma autónoma, mas também, permitindo que a sociedade-mãe possa conformar a sua conduta por forma a não vir a ser responsabilizada por práticas restritivas da concorrência levadas a cabo pela sociedade-filha e nas quais não participou ou, como também se constatou, das quais não tinha sequer conhecimento.

Os mais recentes avanços em matéria de *compliance* poderão vir a ser a solução para o afastamento, por parte da sociedade-mãe, da presunção de influência decisiva, porquanto, caso a sociedade-mãe consiga provar que havia implementado um eficaz sistema de normas de conduta e correspondente controlo interno do seu cumprimento, não poderá vir a ser responsabilizada por condutas que, na pureza dos conceitos, apenas podem ser assacadas à subsidiária.

Num raciocínio de aplicação dos requisitos que, regra geral, fundamentam e legitimam a atribuição de responsabilidade *lato sensu* às pessoas colectivas, propomos

que os códigos de conduta implementados no cumprimento de determinados requisitos, sejam admitidos e valorados – pelos tribunais, pela Comissão e pela autoridades da concorrência nacionais – no sentido de provarem que a prática restritiva da concorrência da autoria da sociedade-filha foi cometida (i) à revelia de ordens e instruções expressas da sociedade-mãe, (ii) em detrimento do interesse da sociedade-mãe e, por fim, que (iii) não impendendo sobre esta um qualquer dever de vigilância e controlo quando à actividade da subsidiária, não pode, por falta de fundamento, a sociedade-mãe ser responsabilizada pelas condutas daquela uma vez que é forçoso concluir que, pelo menos neste tocante, a sociedade-filha determina a sua conduta no mercado de forma autónoma.

Concluimos deste modo que o caminho parece ser o de contrariar a jurisprudência relevante que não tem vindo a acompanhar os avanços em matéria de *compliance*, considerando que tais programas não são suficientes para afastar a aplicação da presunção, porquanto, em nossa opinião, só assim, com a determinação prévia de mecanismos de prova em sentido contrário ao que a presunção pretende efectivar, se poderá conjecturar, ainda que longinquamente, a sua admissibilidade.

## Bibliografia

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE

*Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, coord. Miguel Gorjão-Henriques... [et al.], 2ª Edição, Lisboa: Almedina, 2017, 1105 p.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE

*Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, 627 p.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

“Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, Vol. 1, pp. 75-107.

BAPTISTA, ALEXANDRE LEITE

“Compliance em processo contra-ordenacional: da alegação à decisão através da prova”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 345-384.

BAUMANN, JÜRGEN

*Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*, Trad. Conrado A. Finzi, 3.ª Edição, Buenos Aires: Depalma, 1986, 299 p.

BRAITHWAITE, JOHN

“The new regulatory state and the transformation of criminology”, *British Journal of Criminology*, 2000, Vol. 40, pp. 222-238.

“Enforced Self-Regulation: a new strategy for corporate crime control”, *Michigan Law Review*, Junho 1982, Vol. 80, pp. 1466-1507.

BRANDÃO, NUNO

“Sistema Contra-ordenacional a diferentes velocidades”, *Scientia Iuridica*, 2017, Tomo LXVI, N.º 344, pp. 277-288.

BRAVO, TERESA

“A responsabilidade das sociedades-mãe e das filiais em direito europeu da concorrência: análise crítica da jurisprudência *Azko Nobel*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Outubro-Dezembro 2013, Ano 23, N.º 4, pp. 613-656.

BRITO, TERESA QUINTELA DE

“*Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 57-100.

“Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Anatomia do Crime*, Julho-Dezembro 2014, N.º 0, pp. 76-91.

“Responsabilidade criminal de entes colectivos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Janeiro-Março 2010, Ano 20, N.º 1, pp. 41-71.

BUSATO, PAULO CÉSAR

“O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 21-55.

CANOTILHO, J. J. GOMES & MOREIRA, VITAL

*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição Revista, 2007, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. I, 1152 p.

CORREIA, EDUARDO

“Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, Vol. 1, pp. 3-18.

COSTA, JOSÉ DE FARIA

*Direito Penal*, 1.<sup>a</sup> Edição, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Outubro de 2017, 570 p.

“A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Outubro-Dezembro 1992, Ano 2, N.º 4, pp. 537-559.

DIAS, AUGUSTO SILVA

*Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, 271 p.

“Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no Anteprojecto de Código do Consumidor”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, Vol. III, pp. 557-575.

DIAS, AUGUSTO SILVA E RAMOS, VÂNIA COSTA

*O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, Julho de 2009, 88 p.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO

*Direito Penal. Parte Geral*, 2.<sup>a</sup> Edição, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 1061 p.

“O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, Vol. 1, pp. 19-33.

“Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, Vol. 1, pp. 31-73.

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS

“La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret* 1/2012, pp. 1-32.

FERRO, MIGUEL SOUSA

“Práticas Restritivas da Concorrência: Súmula Orientada para a Prática Judicial”, *Curso de Formação para Juízes Nacionais em Direito da Concorrência*, Coord. de Teresa Moreira e Miguel Sousa Ferro, 2010, pp. 11-13, disponível em <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/E-book.pdf>.

GERADIN, DAMIEN

Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013, pp. 1-37.

HOFSTETTER, KARL & LUDESCHER MELANIE

“Fines against parent companies in EU antitrust law: setting incentives for ‘best practice compliance’”, *World Competition Law and Economics Review*, Março 2010, 33, N.º 1, pp. 55–76.

JOSHUA, JULIA, BOTTEMAN, YVES E ATLEE, LAURA

“You Can’t Beat the Percentage” – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement, *Global Competition Review*, 2012, pp. 3-9.

JÚNIOR, FILIPA MARQUES E MEDEIROS, JOÃO

“A elaboração de programas de *compliance*”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 123-148.

LANG, JOHN TEMPLE

“How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved?”, *Fordham International Law Journal*, 2014, Vol. 37, pp. 1481-1524.

MACHADO, MIGUEL PEDROSA

“Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, Vol. 1, pp. 139-207.

MAGALHÃES, TIAGO COELHO

“Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Janeiro-Dezembro 2015, Ano 25, N.<sup>os</sup> 1 a 4, pp. 145-212.

MARCO BRONCKERS & ANNE VALLERY

“No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law”, *World Competition*, 2011, 34, N.º 4, pp. 535-570.

MEIRELES, MÁRIO PEDRO

“A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: algumas notas”, *Julgar*, 2008, N.º 5, pp. 121-138.

MENDES, PAULO DE SOUSA

“Law Enforcement & Compliance”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 11-20.

“O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, *Julgar*, 2009, N.º 9, pp. 11-28.



MICKONYTÉ, AISTÉ

“Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law”, *LSEU*, 2012, Vol. 1, pp. 33-69.

MONIZ, CARLOS BOTELHO, ET AL.

*Lei da Concorrência Anotada*, Coleção: MLGTS, Lisboa: Almedina, 2016, 1205 p.

MONTESA, AITOR & GIVAJA, ÁNGEL

“When Parents Pay for their Children’s Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios”, *World Competition*, 2006, 29(4), pp. 555-574.

MOURA, JOSÉ SOUTO DE

“A questão da presunção de inocência do arguido”, *Revista do Ministério Público*, Abril-Junho 1990, Ano 11, N.º 42, pp. 31-47.

MOUTINHO, JOSÉ LOBO

*Direito das Contra-Ordenações, Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica, 2008, 110 p.

NEIRA PENA, ANA MARÍA

“La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el processo penal”, *Política criminal* [online], 2016, Vol. 11, N. 22, pp. 467-520, disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>.

ODUDU, OKEOGHENE E BAILEY, DAVID

“The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law”, *Common Market Law Review*, 2014, N.º 51, pp. 1721-1758.

OLAERTS, MIEKE & CAUFFMAN, CAROLINE

“Química: Further Developing the Rules on Parent Company Liability”, *European Competition Law Review*, 2011, Vol. 32, N.º 9, pp. 1-19.

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE & FERRO, MIGUEL SOUSA

“The sins of the son: parente company liability for competition law infringements”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Julho – Setembro 2010, Ano 1, Número 3, pp. 53-92.

PACE, LORENZO FREDERICO

“The Parent-subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the *AEG Telefunken* Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2014, Vol. 7(10), pp. 191-208.

PARECER CONSULTIVO N.º 11/2013

Procuradoria-Geral da República, in *Diário da República*, 2.ª Série, N.º 178, 16 de Setembro de 2013.

PATRÍCIO, RUI

*O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português (alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, 122 p.

PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA

“Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico”, *Católica Law Review*, Novembro 2017, Vol. I, N.º 3, pp. 91-113.

As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, 2017, N.º 344, pp. 243-262.

“O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Janeiro-Março 1997, Ano 7, N.º 1, pp. 7-100.

“As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-Ordenações na Organização do Direito Penal Secundário”, *Themis*, 2002, Ano III, N.º 5, pp. 87-100.

RIBEIRO, JOÃO SOARES

*Contra-Ordenações Laborais, Regime Jurídico Anotado contido no Código de Trabalho*, 2.ª Edição, 2003, Coimbra: Almedina, 712 p.

ROCHA, MANUEL ANTÓNIO LOPES

“A responsabilidade penal das pessoas colectivas – novas perspectivas”, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, Vol. 1, pp. 431-488.

ROTSCH, THOMAS

“Criminal Compliance”, *InDret*, 1/2012, pp. 1-11.

ROXIN, CLAUS

*Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Trad. Óscar Peralta, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, 213 p.

SERRA, TERESA

“Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Abril-Junho 1999, Ano 9, Fasc. 2º, pp. 187-212.

SILVA, MIGUEL MOURA E

“As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 – novos desenvolvimentos”, *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2014, 137, pp. 9-45.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA

“¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret*, 2015, N.º 2, pp. 1-4.

SVETLICINLI, ALEXANDR & SAD, NOVI

“Parental Liability for the Antitrust Infringements of Subsidiaries: A Rebuttable Presumption or Probatio Diabolica?”, *European Law Reporter*, 2011, N.º 10, pp. 288-292.

TEIXEIRA, CARLOS ADÉRITO

“Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do direito sancionatório da regulação”, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 107-137.

THOMAS, STEFAN

“Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 11-28.

TIEDEMANN, KLAUS

“Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado”, *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coord. Juan-Luis Gómez Colomer e José-Luis González, Cussac, Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: Servei de Publicacions, Disputació de Castelló, pp. 25-45.

TOWNLEY, CHRISTOPHER

“The Concept of an ‘Undertaking’: The Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries”, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Março 2009, pp. 3-24.

VILELA, ALEXANDRA

“A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do ‘Estado Regulador’”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 101-122.

*O direito de mera ordenação social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do direito penal clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 608 p.

*Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 138 p.

WAHL, NILS

“Parent Company Liability – A Question of Facts or Presumption?”, *19<sup>th</sup> St. Gallen International Competition Law Forum ICF – 7 e 8 de Junho 2012*, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2206323](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206323).

WHISH, RICHARD & BAILEY, DAVID

*Competition Law*, 7ª Edição, Oxford: Oxford University Press, 2011, 1015 p.

WILS, WOUTER P.J.

“Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Abril 2013, Vol. 1, N.º 1, pp. 1-35.

## **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, J. R. Geigy AG/Comissão, C-52/69, ECLI:EU:C:1972:73, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, Imperial Chemical Industries Ltd/Comissão das Comunidades Europeias, ECLI:EU:C:1972:70, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do TEDH de 8 de Junho de 1976, Engel e Outros contra Holanda, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1983, Ilgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Comissão das Comunidades Europeias, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do TEDH de 7 de Outubro de 1988, Salabiaku contra França, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Acórdão do TEDH de 11 de Julho de 1989, Société Stenuit contra França, Processo n.º 11598/85, , disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Acórdão do TEDH de 9 de Fevereiro de 1990, Melchers and Co. contra Alemanha, Processo n.º 13258/87, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 23 de Abril de 1991, Klaus Höfner and Fritz Elser contra Macrotron GmbH, Processo C-41/90,

ECLI:EU:C:1991:161, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, Giorgio Domingo Banchemo, C-387/93, ECLI:EU:C:1995:439, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 24 de Outubro de 1996, Viho Europe BV contra Comissão das Comunidades Europeias, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 14 de Maio de 1998, Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH contra Comissão das Comunidades Europeias, T-347/94, ECLI:EU:T:1998:101, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 8 de Julho de 1999, Comissão das Comunidades Europeias contra Anic Partecipazioni SpA, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 8 de Julho de 1999, Hüls AG contra Comissão das Comunidades Europeias, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags AB contra Comissão das Comunidades Europeias, C-286/98 P, ECLI:EU:C:2000:630, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Novembro de 2000, Metsä-Serla Oyj contra Comissão das Comunidades Europeias, C-294/98 P, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 29 de Março de 2001, República Portuguesa contra Comissão das Comunidades Europeias, C-163/99, ECLI:EU:C:2001:189, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do TEDH de 23 de Julho de 2002, Janosevic contra Suécia, Processo n.º 34619/97, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Acórdão do TEDH de 3 de Dezembro de 2002, Lilly France contra França, Processo n.º 53892/00, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção) de 26 de Janeiro de 2005, Laurent Piau contra Comissão, T-193/02, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) de 15 de Setembro de 2005, DaimlerChrysler AG contra Comissão das Comunidades Europeias, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 27 de Setembro de 2006, Coöperatieve Verkoop – en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA contra Comissão das Comunidades Europeias, T-314/01, ECLI:EU:T:2006:266, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).



Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) de 26 de Abril de 2007, Bolloré SA contra Comissão das Comunidades Europeias, T-109/02, ECLI:EU:T:2007:115, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção alargada) de 8 de Julho de 2008, AC-Treuhan AG contra Comissão das Comunidades Europeias, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do TEDH de 11 de Junho de 2009, Dubus SA contra França, Processo n.º 5242/04, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Setembro de 2009, Akzo Nobel NV e Outros contra Comissão das Comunidades Europeias, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 27 de Outubro de 2010, Alliance One International, Inc. (anteriormente, Standard Commercial Corp.) e outros contra Comissão Europeia, T-24/05, ECLI:EU:T:2010:453, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2011, publicado Diário da República n.º 190/2011, Série II de 2011-10-03.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 20 de Janeiro de 2011, General Química SA e Outros contra Comissão Europeia, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Março de 2011, ArcelorMittal Luxembourg SA contra Comissão Europeia, C-201/09 P, ECLI:EU:C:2011:190, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de Junho de 2011, Gosselin Group NV e Stichting Administratiekantor Portielje contra Comissão Europeia, Processos T-208/08 e T-209/08, ECLI:EU:T:2011:287, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 13 de Julho de 2011, General Technic-Otis Sàrl *et al.* contra Comissão Europeia, T-141/07, T-142/07, T-145/07 e T-146/07, ECLI:EU:T:2011:363, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 29 de Setembro de 2011, Elf Aquitaine SA contra Comissão Europeia, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do TEDH de 27 de Setembro de 2011, Menarini Diagnostics S.R.L. contra Itália, Processo n.º 43509/08, disponível na base de dados de jurisprudência em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 29 de Setembro de 2011, Arkema SA contra Comissão Europeia, C-520/09 P, ECLI:EU:C:2011:619, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 3 de Maio de 2012, Legris Industries SA contra Comissão Europeia, C-289/11 P, ECLI:EU:C:2012:270, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Junho de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 4679/11.0TBMAI.P1 e disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Junho de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 7402/11.5TBMAI.P1 e disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 19 de Julho de 2012, Alliance One International Inc. (anteriormente, Standard Commercial Corp.) e Standard Commercial Tobacco Co. Inc. contra Comissão Europeia e Comissão Europeia contra Alliance One International Inc. e Outras, C-628/10 P e C-14/11 P, ECLI:EU:C:2012:479, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 19 de Dezembro de 2012, Mitteldeutsche Flughafen e Flughafen Leipzig-Halle contra Comissão, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 8 de Maio de 2013, Eni SpA contra Comissão Europeia, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 11 de Julho de 2013, Comissão Europeia contra Stichting Administratiekantor Portielje e Gosselin Group NV, C-440/11 P, ECLI:EU:C:2013:514, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de Novembro de 2013, Kendrion contra Comissão Europeia, C-50/12 P, ECLI:EU:C:2013:771, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Junho de 2016, Evonik Degussa GmbH (anteriormente, AlzChem AG) contra Comissão Europeia, C-155/14 P,

ECLI:EU:C:2016:446, disponível na base de dados de jurisprudência em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

Sentença proferida Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação a 20 de Outubro de 2016 no âmbito do processo n.º 36/16.0YUSTR [não publicada].

Acórdão da 3ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa proferido a 14 de Junho de 2017 no âmbito do processo n.º 36/16.0YUSTR.L1 [não publicado].

